IL
DIRITTO CIVILE ITALIANO

SECONDO LA DOTTRINA E LA GIURISPRUDENZA

ESPOSTO

DAI PROFESSORI

ABELLO LUIGI—BIANCHI EMILIO—COVIELLO NICOLA —CUTURI TORQUATO
DUSI BARTOLOMEO — FERRINI CONTARDO — FIORE PASQUALE
LOMONACO GIOVANNI—MIRABELLI GIUSEPPE—PIOLA-CASELLI EDUARDO
RAMPONI LAMBERTO—SIMONCELLI VINCENZO—VENEZIAN GIACOMO
VITALI VITTORE

PER CURA DI

PASQUALE FIORE
Professore Ordinario dell'Università di Napoli

PARTE OTTAVA

DELLE IPOTECHE

I.

NAPOLI
EUGENIO MARGHIERI
83, Ott. Galleria Umberto I, p. p.
1907

DELLE

IPOTECHE

PER L'AVVOCATO

EMILIO BIANCHI

Professore della R. Università di Pisa

VOLUME PRIMO

Seconda impressione

NAPOLI

EUGENIO MARGHIERI

83, Ott. Galleria Umberto I. p. p

1907

Delle Ipoteche

TITOLO I

GENERALITÀ

CAPO I

LA IPOTECA CONSIDERATA NEI SUOI CARATTERI.

SEZIONE I

CARATTERI GIURIDICI DELLA IPOTECA.

§ 1.

Premessa.

SOMMARIO

1. Richiamo delle disposizioni generali sulle cause di prelazione—2. Contenuto del presente titolo — 3. Definizione della ipoteca data dal Codice civile. Sua critica — 4. Avviamento allo studio dei caratteri giuridici della ipoteca.

1. Parlando nella parte che precede dei privilegi, come causa di prelazione del credito, avemmo occasione di commentare le disposizioni generali del Titolo XXIII, Libro III del Codice civile, le quali contengono il principio fondamentale che chiunque sia obbligato personalmente è tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni con tutti i suoi beni, mobili ed immobili, presenti e futuri (art. 1948 Cod. civ.). Vedemmo allora come in applicazione di questo principio il patrio legislatore stabilisca che i beni del debitore sono la garantia comune dei suoi creditori, i quali vi hanno tutti un eguale diritto quando fra essi non vi sono cause legittime di prelazione (art. 1949 Cod. civ.). Vedemmo ancora che le cause le-

gittime di prelazione enumerate dalla legge sono i privilegi e le ipoteche (art. 1950 Cod. civ.). Avemmo finalmente occasione di esaminare la disposizione in virtù della quale le somme dovute dagli assicuratori per indennità della perdita o del deterioramento delle cose soggette a privilegio od ipoteca, come quelle dovute per causa di espropriazione forzata per pubblica utilità o di servitù imposta dalla legge, sono vincolate al pagamento dei crediti privilegiati od ipotecari secondo il loro grado (art. 1951 Cod. civ.).

Ritornate pertanto su queste disposizioni generali, sarebbe un ripetere cose già dette; ci limitiamo per ciò a rinviare il lettore a quella parte della nostra trattazione (1).

Per esaurire il compito che ci siamo prefissi, resta adesso da dire delle ipoteche, commentando il Capo II del citato Titolo XXIII, e insieme con esso le disposizioni del Titolo XXV dello stesso Libro III del Codice civile, che strettamente vi si collegano.

2. Diremo in questo primo titolo della natura della ipoteca, desunta dalla definizione datane dal legislatore, e dei suoi caratteri giuridici ed economici. Fra i suoi caratteri giuridici porremo l'essere essa diritto reale, garentia del credito, e per conseguenza diritto accessorio del diritto di credito garentito, indivisibile per disposto di legge. Fra i suoi caratteri economici la pubblicità e la specialità, conquiste luminose del moderno diritto, che rendono la ipoteca sicuro ed efficace strumento del credito fondiario.

3. « *L'ipoteca è un diritto reale costituito sopra beni del debitore o di un terzo, a vantaggio di un creditore, per assicurare sopra i medesimi il soddisfacimento di un'obbligazione* » (art. 1964 pr. Cod. civ.).

È questa la definizione data dal legislatore nostro; più completa certamente, e per ciò più perfetta, di quella data dal legislatore francese, che si limita a dire, nell'art. 2114 *Code civil*, es-

---

(1) *Il Diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, Parte VII, *Dei privilegi*, Volume unico (Napoli, Marghieri, 1894-1907) pag. 1-111.

sere l' ipoteca « un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d' une obligation » ; esposta non di meno alle stesse censure che a questa furono fatte da valenti scrittori, segnatamente dal Troplong (1).

Osserva questi che la definizione data dal legislatore francese rammenta una volta di più il noto adagio « *omnis definitio periculosa* » ; e dimostra la fondatezza di questa sua osservazione, soggiungendo non resultare dalla definizione che il debitore conserva il possesso della cosa ipotecata e che scopo della ipoteca è la vendita della cosa stessa (2).

Le stesse censure potrebbero farsi alla disposizione data dal legislatore italiano, la quale, così com'è posta nell'art. 1964 Cod. civ., potrebbe adattarsi tanto all' ipoteca quanto a ogni altro diritto di garantia reale, segnatamente al diritto di pegno; anco il pegno è un diritto reale costituito sopra beni del debitore o di un terzo; anco il pegno è costituito a vantaggio di un creditore; anco il pegno ha lo scopo di assicurare sopra i medesimi beni il soddisfacimento di un' obbligazione: ed anco l' anticresi, prescindendo dalla questione se sia diritto reale o no, è indubbiamente un diritto sulla cosa altrui, dato al creditore perchè ottenga il pagamento del suo credito, e per conseguenza per assicurare il soddisfacimento della obbligazione relativa. La differenza sostanziale

(1) TROPLONG, *Le droit civil expliqué*, *Privilèges et hypothèques*, 386.

(2) Il PONT continuatore dell'opera di MARCADÈ (*Explication du Code Napoleon*, *Privilèges et hypothèques*, I, 320) fa sue queste osservazioni e dichiara di preferire la definizione data dal POTHIER (*Introd. au tit. XX de la Cout. d'Orléans*): secondo il quale l'ipoteca sarebbe « le droit qu'a le créancier dans la chose d'autrui, de la faire vendre en justice, pour, sur le prix, être payé de ce qui lui est du ». Ma per poco che si osservi, questa definizione è anche più difettosa ed incompleta di quella data dal *Code civil*; il diritto di cui parla il POTHIER, è comune a tutti quanti i creditori, che hanno sui beni del debitore la loro comune garantia; non è proprio del creditore ipotecario; manca qualunque più remota idea delle caratteristiche del diritto d' ipoteca; e specialmente la più importante, che è la prelazione in ragione del tempo.

fra il pegno e la ipoteca, consistente nel passare nel primo il possesso al creditore, nel restare nella seconda in potere del debitore la cosa vincolata in garantia della obbligazione (*proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit hypothecam, cum non transit, nec possessio, ad creditorem.* L. 9 § 2 D. *De pignorat. act.*), non apparisce menomamente dalla definizione; e non apparisce neppure il modo con cui si raggiunge lo scopo di garantire l'obbligazione, che è la preferenza accordata al creditore (*jus praelationis*), nè l'origine di questa preferenza, che è il tempo della iscrizione (*prior in tempore, potior in jure*).

Che il diritto reale di ipoteca lascia sussistere il possesso del debitore, è taciuto, non soltanto nella definizione, ma altresì in tutte le altre disposizioni del Capo II; lo si argomenta soltanto dalle disposizioni sulla spropriazione forzata, e segnatamente dall'articolo 2085 Cod. civ., ove è detto che dalla data della trascrizione del precetto immobiliare il debitore *rimane in possesso* dei beni indicati nel precetto stesso come sequestratario giudiziale; che l'ipoteca sia causa di prelazione, si desume dagli art. 1949, 1950 Cod. civile, ma non dall'art. 1964, che pure aspira a definire il rapporto giuridico; che finalmente la preferenza sia, nel diritto d'ipoteca, fondata sul tempo della iscrizione, non lo dice la definizione, e bisogna spingersi fino alla Sezione V, ove si parla dell'ordine fra le ipoteche, per trovare negli art. 2007, 2008 il relativo principio.

Non basta: la definizione non dice neppure che l'ipoteca è un diritto reale sopra i beni immobili; è vero che l'art. 1967, determinando quali beni sono capaci d'ipoteca, supplisce a questa lacuna; e che, comprendendo lo stesso articolo fra i beni capaci d'ipoteca le rendite sopra lo Stato, le quali non sono immobili, non si poteva nella definizione esprimere il concetto che i soli immobili sono capaci d'ipoteca senza incorrere in una contradizione (1).

---

(1) La osservazione fu fatta in seno della Commissione coordinatrice dal commissario Chiesi; ma il preopinante non v'insistè per gli schiarimenti dati

Ma questa osservazione giustifica soltanto in parte l' operato del legislatore. Vedremo a suo tempo come la così detta ipoteca delle rendite sopra lo Stato, non sia una vera ipoteca, ma piuttosto un vincolo di genere speciale, che partecipa delle caratteristiche del pegno del credito, ossia della oppignorazione. Era per ciò più conforme al rigore dei principii sopprimere nell'art. 1967 il n. 4, e dichiarare nell'art. 1964 che l'ipoteca è un diritto reale costituito sopra i beni immobili; del vincolo sopra le rendite poteva parlarsi nel titolo del pegno, in un capoverso all'articolo 1981; il rinvio alle leggi relative al debito pubblico avrebbe avuto in quel titolo la sua vera sede.

Se dunque era difettosa la definizione data dell' ipoteca dal legislatore francese, nel citato art. 2114, riportata fedelmente nei Codici italiani anteriori al vigente (1), non è meritevole di lode la definizione data dal legislatore nostro nell' art. 1964, imperocchè non serve a dare un concetto, neppure approssimativo, del rap-

dal commissario De Foresta (Verbali della Commissione di coordinamento, n. 41, n. 2). « Propone (Chiesi) che nell'articolo 1900 (1964 del Cod.) il quale definisce l'ipoteca un diritto reale costituito sopra beni del debitore o di un terzo ecc. si aggiunga alla parola *beni* quest'altra *immobili*; e ciò per escludere il concetto che l'ipoteca possa costituirsi sopra beni *mobili*, come potrebbe farlo credere la espressione generica di *beni* usate nel detto articolo del progetto senatorio; quando nel corrispondente articolo del progetto Pisanelli si è parlato invece specificatamente di *beni immobili*. — Ma si osserva da altri (G. De Foresta) che se la Commissione senatoria ha soppresso l'aggettivo immobili nel ridetto articolo, non fu per altro motivo, salvo perchè, specificandosi poi nel successivo art. 1990 (1967 del Cod.) quali sieno i beni capaci d'ipoteca, e tra questi noverandosi le rendite dello Stato, che non possono qualificarsi beni immobili, era necessario che nel predetto art. 1990, il quale comprende sì le une che gli altri, si usasse soltanto la parola generica beni, senza che vi sia pericolo che potesse mai sollevarsi la questione temuta dal proponente, sia perchè è principio troppo noto non si dà ipoteca sui mobili, sia perchè il predetto art. 1993 lo esclude perentoriamente. — In vista di queste spiegazioni l'onorevole preopinante non insiste nella sua proposta ».

(1) Cod. napol. art. 1000; Cod. parm. art. 2165; Cod. albert. art. 2163; Cod. est. art. 2126; Regolam. pontif. art. 103.

porto giuridico definito. Valeva meglio sopprimere la definizione, piuttosto che darla imperfetta e manchevole come si è data (1); se poi volevasi dare, si aveva nel motuproprio toscano del 2 maggio 1836 un esempio che poteva utilmente essere imitato: Articolo 56: « L' ipoteca è un diritto reale costituito sull' immobile, o sugli immobili del debitore, che assicura la preferenza del credito cui è aggiunta, agli altri crediti che ne mancano, o che l'hanno posteriore di tempo ».

La definizione del legislatore toscano, senza essere perfetta, si accostava molto più alla perfezione di quella data, trent' anni dopo, dal legislatore italiano. In essa spiccava la caratteristica del diritto reale d'ipoteca che è quella di essere diritto di preferenza, e nella compilazione del nuovo Codice se ne sarebbe dovuto tener conto.

Non possiamo quindi ammettere che la definizione sia inappuntabile, come altri ha affermato (2); per noi è incompleta e difettosa e conferma una volta di più la verità del dettato « *omnis definitio periculosa* » (3).

---

(1) È quello che ha fatto il legislatore spagnuolo nel Codice civile promulgato il 24 luglio 1889. Il *progetto di Codice civile per l'impero germanico* dà nel § 1062 una idea generale della ipoteca molto più chiara di quella che si rileva dal nostro art. 1064: « Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass eine bestimmte Person, berechtigt ist, wegen einer bestimmten Geldforderung, Befriedigung aus dem Grundstücke zu verlangen ».

(2) PACIFICI-MAZZONI, *Dei privilegi e delle ipoteche*, I, 102.

(3) Se volesse tentarsi una definizione, più per la scuola che pel testo della legge, potrebbe adottarsi la seguente: « *Un diritto reale spettante in forza della iscrizione, e dal momento di questa, al creditore sui beni immobili del debitore o di un terzo, in virtù del quale diritto, pur conservando il debitore, od il terzo, il possesso dei beni ipotecati e la facoltà di disporne, il creditore acquista la facoltà di perseguitare i beni stessi in qualunque mano si trovino, per essere pagato sul prezzo dei medesimi con la preferenza dovuta al grado della sua iscrizione* ».

4. Non è per conseguenza analizzando la definizione che possiamo formarci un concetto esatto della ipoteca; bisogna prima scendere ad esaminare i suoi caratteri giuridici ed economici, quali risultano, più che dalla definizione contenuta nell' art. 1964, dal complesso delle altre disposizioni generali che vi si riferiscono.

§ 2.

L'ipoteca è diritto reale.

SOMMARIO

5. In qual senso l'ipoteca ha questo carattere — 6. Limite di efficacia della prelazione. Ipoteche e privilegi immobiliari — 7. Realità del diritto d'ipoteca — 8. L'ipoteca è diritto immobiliare — 9. Continuazione.

5. Esaminando siffatte disposizioni noi troviamo anzitutto, per parlare dei caratteri giuridici della ipoteca, che essa è *diritto reale*, diritto cioè che ha per oggetto i beni dati in ipoteca anzichè la persona del debitore.

Quando una determinata obbligazione è assicurata con iscrizione ipotecaria, al rapporto personale di credito che intercede fra creditore e debitore, viene ad aggiungersi un secondo rapporto di natura reale, che intercede direttamente fra il creditore e la cosa ipotecata.

Questo speciale rapporto opera tanto se si agisce con l'azione ipotecaria contro lo stesso debitore, che abbia conservato la proprietà dei beni ipotecati, quanto se l' azione si propone contro i terzi nei quali sia stata trasferita tale proprietà; infatti l'articolo 1964 dispone nel suo ultimo capoverso, che l' ipoteca è inerente ai beni e li segue presso qualunque possessore, lo che è propriamente la conseguenza della realità del diritto. La cosa affetta dal vincolo ipotecario non ne viene liberata per quanti cambiamenti si avverino nella proprietà di essa; avendo il debitore che l' ha

ipotecata conservata la facoltà di disporne, essa può per ciò essere venduta e passare di persona in persona; ma resta sempre affetta dal vincolo primitivo, finchè l'ipoteca non venga ad estinguersi per una delle cause ammesse dalla legge.

Ma se è specialmente nel suo effetto di fronte ai terzi possessori dell'immobile che si manifesta il carattere reale del diritto d'ipoteca, non può per ciò escludersi che lo stesso carattere non si presenti ancora nel rapporto diretto fra creditore e debitore. Anco quando l'immobile ipotecato resta nella proprietà del debitore, che lo ha destinato a garantire la propria obbligazione, l'esperimento dell'azione ipotecaria per parte del creditore dà sempre luogo all'esercizio di un diritto reale, diritto che in questo caso si estrinseca nel vantaggio di ottenere pagamento sul prezzo dell'immobile ipotecato con preferenza di fronte agli altri creditori, che non godono di somigliante garanzia o ne godono in grado posteriore.

Non ci sembra per ciò conforme alla severità dei principii il dire, come ha fatto recentemente il Melucci (1), che il criterio di preferenza che la legge fonda sulla priorità di origine e di conservazione del titolo ipotecario, non ha alcun legame di dipendenza o di connessione col concetto della realità del diritto. Se è vero che il solo diritto reale può accordare alla persona sulla cosa una potestà che l'autorizzi a farvi valere le sue pretese contro chiunque la possegga, fosse pure il possessore una persona completamente estranea a quella per opera della quale la suddetta pretesa fu costituita ed iscritta, e di ciò non è a dubitarsi, pare a noi che soltanto la realità del diritto valga a concedere al creditore il diritto di essere pagato, sul prezzo di una determinata cosa, a preferenza di ogni altro creditore.

In questo senso la ipoteca è *causa di prelazione;* ma la prelazione si traduce in atto mediante la *realità del diritto*. Finchè il creditore è alla pari con gli altri, finchè la garanzia ad esso spet-

(1) *Il sistema ipotecario nel diritto civile italiano*, lez. I, n. 2.

tante sui beni del debitore, è comune a tutti gli altri creditori, siano essi anteriori o posteriori, avuto riguardo al tempo in cui ebbe origine il credito rispettivo, non può parlarsi di diritto reale: ogni creditore può far vendere i beni mobili ed immobili del suo debitore per ottenere sul prezzo dei medesimi il pagamento di ciò che gli è dovuto; ma poichè non acquista per questo un diritto di preferenza, e gli altri creditori concorrono con lui nel giudizio di distribuzione del prezzo, ed ove questo non sia sufficiente al pagamento integrale non può aspirare che ad un reparto in proporzione dell'ammontare dei crediti rispettivi, non può parlarsi di realità del diritto. Il pegno generico, accordato a tutti i creditori sui beni del debitore, non è diritto reale appunto perchè i beni stessi non sono specialmente affetti al pagamento di alcuno; ma quando un determinato credito è specialmente garantito su determinati beni, quando il prezzo di questi beni è specialmente affetto al pagamento di quel credito, si ha necessariamente la realità del diritto: il creditore, oltre la garanzia comune su tutto il patrimonio del debitore, ha una garanzia speciale su quei beni, sul prezzo dei quali gode di una causa di prelazione.

Si dice comunemente che l'ipoteca attribuisce al creditore due diritti distinti, il diritto di preferenza e il diritto di seguito (1); ma se ben si considera, la essenza della ipoteca consiste soltanto nel primo di questi diritti, ed il secondo non è che un mezzo per assicurare, in ogni caso e di fronte a chicchessia, l'esercizio del primo; lo scopo essenziale della ipoteca consiste nel diritto che ha il creditore ipotecario di far vendere l'immobile ipotecato, e di essere collocato sul prezzo del medesimo con prelazione di fronte agli altri creditori. Perchè questo scopo sia pienamente raggiunto, la legge dichiara che la ipoteca è inerente ai beni e li segue presso qualunque possessore; ma questa speciale proprietà

---

(1) DURANTON, *Cours de droit franc.*, XIX, 248. Ved. però LAURENT, *Principes de droit civil*, XXX, 173.

della ipoteca, non può dirsi attributiva di uno speciale effetto che stia di per sè, indipendentemente dal diritto di preferenza che è il suo fine ultimo, il suo scopo essenziale. Il diritto di preferenza che si esercita coll'ordinaria azione ipotecaria quando l'immobile è tuttavia in proprietà del debitore, si esercita col diritto di seguito quando l'immobile è passato in mani terze; ma l'esercizio di questo diritto non costituisce qualche cosa di diverso dall'esercizio del diritto di preferenza; costituisce bensì un modo speciale di esercitare il diritto stesso in confronto del terzo possessore. Non essendo questi tenuto personalmente, essendo tenuto soltanto ipotecariamente al soddisfacimento del debito, si libera col rilascio dell'immobile (art. 2013 e seg. Cod. civ.); ma l'azione esercitata contro di lui in virtù del diritto di seguito, ha sempre per effetto l' esercizio del diritto di preferenza sul prezzo dell'immobile ipotecato.

Dire pertanto che l'ipoteca è diritto reale in quanto accorda il diritto di seguito, è a parer nostro un errore; l'ipoteca è diritto reale in quanto è causa di prelazione, perchè il suo scopo ultimo, il suo effetto sostanziale, è la preferenza concessa al creditore ipotecario di fronte agli altri creditori, che tali non sono, o che godono, benchè tali, di un grado posteriore.

Diritto reale vuol dire diritto assoluto, che si esercita sulla cosa che ne è oggetto indipendentemente da qualsiasi considerazione personale. E appunto in questo senso l'ipoteca è diritto reale in quanto è causa di prelazione, perchè tutto quanto il prezzo dell'immobile ipotecato è affetto al pagamento del credito garantito con la ipoteca, tanto se questo immobile è passato in proprietà di un terzo, quanto se è rimasto in proprietà del debitore.

6. Dall' essere l'ipoteca causa di prelazione, non deriva però che il creditore ipotecario goda in ogni caso e di fronte a tutti gli altri creditori di un diritto assoluto di preferenza, per modo che egli possa dirsi sicuro di avere pagamento del suo credito a

concorrenza del prezzo degl' immobili ipotecati a suo favore; il creditore ipotecario ha sì fatta sicurezza di fronte ai creditori chirografari, ai quali non spetta altra garanzia che il pegno generico sui beni del debitore; ha del pari sì fatta sicurezza di fronte ai creditori ipotecari posteriori, perchè l'ordine delle iscrizioni ne determina il grado (art. 2008 Cod. civ.); ma non può dirsi lo stesso se con lui concorrono dei creditori aventi speciale privilegio sul prezzo degli stessi immobili ipotecati a suo favore. Anco il privilegio è causa di prelazione, ed è causa prevalente. Il credito privilegiato è preferito a tutti gli altri crediti, anche ipotecari (art. 1953 Cod. civ.).

Il legislatore italiano, dettando questa regola, ha nociuto per una necessità indeclinabile di pubblico interesse alla efficacia della ipoteca considerata come causa di prelazione; ma le ha nociuto il meno possibile, limitando il privilegio sul prezzo degl' immobili alle spese dei giudizi di spropriazione e di graduazione (art. 1961 Cod. civ.) ed ai crediti dello Stato pei tributi fondiari e pei diritti di registro e altri tributi indiretti (art. 1962 Cod. civ.).

Risolvendosi l'ipoteca in un diritto di prelazione sul prezzo dei beni ipotecati, le spese per realizzare questo prezzo sono indispensabili; ed è per ciò giusto che se ne accordi il rimborso con privilegio a chi le ha anticipate; è poi supremo interesse sociale, prevalente sul privato interesse dei creditori ipotecari, che i tributi di ogni genere siano soddisfatti, onde allo Stato, ed ai minori enti pubblici, non vengano a mancare i mezzi di adempiere la loro missione: per questo i crediti privilegiati sul prezzo degl' immobili prevalgono sugli ipotecari.

Ma per ristringere allo stretto necessario la limitazione per tal modo arrecata alla efficacia della ipoteca come causa di prelazione, per nuocere il meno possibile al credito fondiario, fonte di pubblica e di privata prosperità, il legislatore concede il privilegio per le spese dei due giudizi surricordati a quelle sole che sono fatte nell' interesse comune dei creditori; e quanto al privi-

legio dei tributi lo limita, pel tributo fondiario e per le sovrimposte, ai crediti dell'anno in corso e dell'antecedente, e pei diritti di registro e per gli altri tributi indiretti introduce le altre restrizioni e limitazioni che si leggono nell'art. 1962 Codice civile (1).

Con ciò l'interesse del creditore ipotecario è tutelato a sufficienza; purchè il suo credito, compresi gli accessori, non eguagli il valore degl'immobili ipotecati a suo favore, egli ha la certezza di ottenere completo pagamento del suo credito; le spese dei due giudizi di spropriazione e di graduazione, d'altronde inevitabili, e i tributi privilegiati, non possono assorbire che una parte del prezzo relativamente limitata; sul rimanente, il suo diritto di preferenza, purchè l'ipoteca sia validamente iscritta e legalmente conservata, non può incontrare difficoltà.

7. È celebre e notissima la disputa sorta fra gl'interpreti del Codice civile francese all'oggetto di determinare in qual senso debba intendersi la realità del diritto d'ipoteca; alcuni hanno considerato il diritto reale d'ipoteca come vero e proprio *jus in re*, producente frazionamento o smembramento della proprietà, come l'usufrutto, l'uso, la servitù (2); altri come un *jus ad rem* sostanzialmente diverso dallo *jus in re* (3): altri finalmente come un *jus in re* avente speciale natura, e non inducente frazionamento o smembramento della proprietà (4).

La seconda opinione, per quanto virilmente sostenuta dal suo propugnatore, può dirsi universalmente abbandonata; tutti gli

---

(1) V. su ciò il *Trattato dei privilegi* (Parte VII di quest'opera, volume unico) n. 71 e n. 420 e seg.

(2) VALETTE, *Des hypothèques*, 124; DURANTON, *op. cit.*, XIX, 241; ZACHARIAE, *Droit civil francais*, II, p. 68; TROPLONG, *op. cit.*, 385; PONT, *op. cit.*, X, 327; AUBRY et RAU, *op. cit.*, II, p. 22, nota 4; MARTOU, *Privilèges et hypothèques*, 690.

(3) MARCADÈ, *Explication du Code Napoléon*, II, 360, 361.

(4) DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, IX, 471, 472.

scrittori, anco i più moderni (1), si accostano alla prima; la terza non ha trovato fautori.

Dal momento che la legge definisce la ipoteca come *diritto reale*, indubbiamente è da annoverarsi fra gli *jura in re aliena*. Il suo oggetto, limitato all'assicurazione del credito, diversifica naturalmente il diritto reale d'ipoteca, che si esercita sul prezzo dell'immobile ipotecato e si traduce in un diritto di preferenza sul prezzo stesso, da quei diritti reali che attribuiscono, appena costituiti, un godimento più o meno esteso sull' immobile che ne è oggetto: l'usufrutto, l'uso, la servitù, conferiscono a chi ne è investito un vantaggio ben diverso da quello che spetta al creditore ipotecario; ma la essenza del diritto per questo non muta, si ha sempre il diritto reale, ossia lo *jus in re*.

In Italia la generalità degli scrittori si accosta alla opinione universalmente accolta in Francia (2), la quale fu egregiamente espressa da un sommo nostro giurista col dire, che l' ipoteca è uno dei diritti reali inclusi nel dominio, il diritto cioè di alienare la cosa, non a tutti i fini possibili, ma a un solo fine determinato, cioè per ottenere il soddisfacimento del credito assicurato (3).

Questa determinatezza del fine del diritto ipotecario non nuoce alla sua realità, perchè non è semplice diritto di far vendere l'immobile, ma è diritto ancora d' impedire che il proprietario compia intorno ad essa atti di disposizione e persino di amministrazione che valgano a diminuirne il valore (4). È vero che il debitore conserva il diritto di alienare in tutto od in parte l' immobile ipotecato e di costituire su di esso diritti reali, sia di usu-

---

(1) Segnatamente il LAURENT, *op. cit.*, XXX, 174.

(2) POCHINTESTA, *Privilegi e ipoteche*, I, 96; MELUCCI, *op. cit.*, lez. I, n. 6, 7; PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 102; CANNADA-BARTOLI, *Il sistema ipotecario italiano*, vol. II, 13.

(3) PESCATORE, *La logica del diritto*, vol. I, p. 192, 213.

(4) MELUCCI, *op.* e *loc. cit.*, n. 7.

frutto, uso e abitazione, sia di servitù; ma sì fatte alienazioni, totali o parziali, non possono nuocere ai diritti del creditore ipotecario, nè essergli opposte, come non può essergli opposta la riscossione anticipata di fitti o pigioni oltre il triennio (art. 1932, 1942 Cod. civ.); e accordando poi la legge efficaci rimedi al creditore, che vede per fatto del debitore diminuita la datagli garanzia (art. 1176, 1980 Cod. civ.), è manifesto che al creditore ipotecario, anco prima dell'esercizio della sua azione e della vendita, spetta la facoltà d' ingerirsi nell'amministrazione dell' immobile ipotecato, non per regolarla a suo piacimento, ma per sorvegliarla e per reprimere con i rimedii di legge gli atti dannosi, che si risolverebbero, se lasciati compiere, in una minorazione della sua garanzia.

Non è questo il luogo per sviluppare tali proposizioni; dobbiamo ora limitarci ad accennarle; esse troveranno una sede opportuna per il loro svolgimento più oltre, quando saremo giunti al punto di parlare degli effetti della ipoteca.

8. Ma se l'ipoteca è diritto reale, dovrà dirsi per questo diritto immobiliare, o dovrà invece ritenersi che assuma la natura mobiliare del credito che è destinata a garantire? In altri termini, la qualità immobiliare o mobiliare del diritto d'ipoteca deve desumersi dal suo oggetto, che, salvo il caso della rendita sopra lo Stato, è sempre un immobile, o dal credito di cui è un accessorio, che è mobile per determinazione della legge?

Nel diritto francese la maggioranza degli scrittori, se bene consideri l'ipoteca come vero e proprio *jus in re*, propende per ritenerla mobiliare (1); la strana contraddizione fu opportunamente

---

(1) DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, III, *notes sur l'art.* 2118; PERSIL, *Régime hypothécaire, sur l'art.* 2118, n. 16; DEMANTE, *Programme du cours de droit civil français*, I, p. 525; DURANTON, *op. cit.*, XIV, 241; TESSIER, *Quest. sur la dot*, n. 111, TROPLONG, *Du louage*, 17.

rilevata dal Pont (1) e combattuta da pochi altri scrittori (2). Se l'ipoteca è un diritto reale che ha per oggetto un immobile, come può dirsi cosa mobile? Da che cosa può desumersi la essenza mobiliare o immobiliare di un diritto, se non dal suo oggetto?

Il Laurent, che tratta la questione dal punto di vista della legge ipotecaria del Belgio, è condotto a ritenere che il diritto di ipoteca abbia natura immobiliare dalla disposizione dell'art. 1 di quella legge, che espressamente glie lo attribuisce: « Tous les actes translatifs ou déclaratifs de droit réels immobiliers, autres que les privilèges et les hypothèques, seront transcrits » (3).

Ma anco a prescindere dalla speciale disposizione di quella legge, che per noi non può avere che una importanza meramente dottrinale, come può ammettersi che l'ipoteca, che ha per oggetto un immobile, che opera lo smembramento, sia pur parziale e limitato, della proprietà dell'immobile da essa colpito, abbia natura mobiliare?

Non di meno non sono mancati anco fra i commentatori del Codice civile italiano i sostenitori della opinione che l'ipoteca sia un bene mobile; la quale opinione sembra avvalorata dal fatto che il legislatore italiano ha introdotto nell'art. 418 un inciso che non si trovava nel corrispondente art. 529 del Cod. civ. franc.: « Sono mobili per determinazione della legge i diritti, le obbligazioni e le azioni *anche ipotecarie*, che hanno per oggetto somme di danaro od effetti mobili » (4); e trova poi appoggio nella cir-

---

(1) *Op. cit.*, X, 328.

(2) ZACHARIAE, *op. cit.*, II, p. 98; AUBRY et RAU, *op. cit.*, II, p. 22, nota 4; MARTOU, *op. cit.*, 691.

(3) *Op. cit.*, XXX, 174.

(4) L'inciso « *anche ipotecarie* » non si trova nel Codice francese. Manca egualmente nell'art. 452 del Codice napoletano. Si trova invece nei Codici parmense (art. 384), albertino (art. 410) ed estense (art. 419): da questi passò nel Codice civile italiano.

costanza, che l'art. 415 Cod. civ. enumerando i beni che la legge considera immobili per l'oggetto a cui si riferiscono, annovera i diritti del concedente e quello dell'enfiteuta sui beni enfiteutici, il diritto di usufrutto e di uso sulle cose immobili e quello di abitazione, le servitù prediali, e le azioni che tendono a recuperare immobili o diritti ad essi relativi, ma non fa punto menzione del diritto d'ipoteca (1).

Taluno ha voluto distinguere secondo che la ipoteca si considera in ordine agli effetti che produce sul fondo gravato, o si considera invece in ordine al credito garantito, ritenendola immobile nel primo aspetto, mobile nel secondo (2). Ma ciò equivale a considerare l'ipoteca per quello che realmente è, cioè per un diritto reale immobiliare, perchè la sua intima natura non può desumersi dal suo scopo, che è la garantia del credito, bensì dal suo modo di raggiungerlo, che è il colpire un immobile nella maniera più assoluta, perseguitandolo nelle mani di qualunque possessore. Se in virtù dell'ipoteca l'immobile è vincolato nel più efficace e durevole modo al soddisfacimento del credito garantito, se ha per conseguenza per oggetto un immobile, salvo il caso eccezionale del vincolo impresso sopra le rendite dello Stato, che non è vera ipoteca, se la legge stessa lo dice diritto reale, come può dubitarsi della sua natura di diritto immobiliare?

Se la legge considera come beni immobili per l'oggetto a cui si riferiscono i diritti nascenti dall'enfiteusi, l'usufrutto, l'uso, l'abitazione e le servitù, e li considera come beni immobili appunto perchè hanno per oggetto un immobile, non si può dare una diversa qualifica al diritto d'ipoteca.

Il non essere annoverato questo diritto fra quelli che la legge dichiara doversi considerare come immobili per l'oggetto nell'ar-

---

(1) Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, I, 105; Pochintesta, *op. cit.*, I, 96; Buniva, *Dei beni e della proprietà*, pag. 48.

(2) Ricci, *Corso di diritto civile*, II, 32.

ticolo 415, non può condurre a soluzione diversa, perchè la enumerazione fatta in quell'articolo, è dimostrativa, non tassativa: dicendo il legislatore che la legge considera immobili per l'oggetto i diritti ivi ricordati, non esclude che possano esservene altri dotati dello stesso carattere; fra questi è la ipoteca. Se essa è diritto reale, è, per ciò solo, diritto immobiliare, perchè il suo oggetto, salvo il citato caso affatto anormale del vincolo di una rendita pubblica, è sempre necessariamente un immobile (1).

Si è cercato di giustificare diversamente questa soluzione comprendendo l'ipoteca fra le azioni tendenti a recuperare immobili o diritti ad essi relativi di cui parla nell'ultimo alinea l'art. 415 Codice civile (2). Ma questo sembra a noi un grave errore: l'ipoteca non tende a recuperare un immobile, tende ad assicurare sul prezzo del medesimo il soddisfacimento del credito; nell'art. 415 ultimo alinea il legislatore ha avuto in mira l'azione di rivendicazione (articolo 493 Cod. civ.), le azioni di riscatto nella vendita d'immobili (art. 1515 seg. Cod. civ.), le azioni di rescissione della vendita per causa di lesione (art. 1320 seg. Cod. civ.), le azioni di rivocazione delle donazioni (art. 1080 e seg. Cod. civ.) e generalmente le azioni tutte di rivocazione, di rescissione o di risoluzione indicate negli art. 1080, 1088, 1235, 1308, 1511, 1553 e 1787 del Codice civile (art. 1933 n. 3 Cod. civ.); non ha avuto nè po-

(1) Ritengono l'ipoteca diritto immobiliare: DE FILIPPIS, *Corso di Diritto civile*, II, 526; CANNADA-BARTOLI, *op. cit.*, II, 16 e seg.; MELUCCI, *op. cit.*, lez. I, n. 8; MIRABELLI, *Delle ipoteche secondo il cod. civ. ital.*, n. 5.

(2) Fra le ragioni per le quali il MELUCCI ritiene immobiliare il diritto d'ipoteca vi è pur questa, a parer nostro non esatta: « Nondimeno, fermandoci alla considerazione principale ed essenziale che, dopo tutto, l'ipoteca conferisca il diritto di perseguitare l'immobile presso chiunque si trova, sia pure allo scopo di farlo vendere, e sotto questo punto di vista essa rientra nel generale concetto di azione tendente a recuperare immobili e diritti ad essi relativi (art. 412) ». L'errore è evidente: perseguitare per far vendere, non è recuperare.

teva avere in mira il diritto d' ipoteca, che ha uno scopo affatto diverso.

D' altronde non vi è bisogno alcuno di forzare la interpretazione dell'art. 415 Cod. civ. L' ipoteca è diritto immobiliare, perchè diritto reale: la qualità d' immobile si desume dal suo oggetto, sebbene la legge non faccia menzione del diritto d' ipoteca nell' articolo predetto.

9. Non è di ostacolo l' art. 418 con l' inciso sopra ricordato. Con questo il legislatore dice soltanto che i crediti, per quanto garantiti con ipoteca, non cangiano natura e sono egualmente compresi nel patrimonio mobiliare. Argomentando dall' inciso « *anche ipotecarie* », aggiunto dai legislatori parmense, sardo ed estense negli articoli corrispondenti al 529 del Codice francese, e conservato nell' art. 418 del Cod. civ., si confonde il credito garantito con ipoteca, che è cosa mobile, con il diritto d' ipoteca considerato in sè stesso, che, essendo diritto reale, è necessariamente diritto immobiliare. Le azioni, anco ipotecarie, sono e rimangono beni mobili, quando hanno per oggetto somme di danaro od altri effetti mobili, appunto perchè la loro natura mobiliare si desume dal loro oggetto: ma il diritto d' ipoteca, considerato in sè stesso, ha per oggetto l' immobile ipotecato. Dal fatto che il creditore costretto a farlo vendere e a perseguitarlo nelle mani di qualunque terzo possessore, ha un diritto assoluto di preferenza sul prezzo che ne sarà ricavato, dal fatto che, anco prima di esercitare l'azione ipotecaria, può valersi dei rimedii concessi dalla legge se viene diminuita la sicurezza della sua garantia, si argomenta la natura immobiliare del diritto.

Argomentare il contrario dal fatto che l' ipoteca è un accessorio del credito, è a parer nostro contrario ai principii: l' ipoteca è un accessorio del credito, come dimostreremo in breve, ma non perde per questo la sua natura di diritto reale e per ciò immobiliare: è un diritto reale immobiliare che garantisce l'esercizio ef-

ficace di un diritto di credito, che, appunto perchè diritto di credito, ha natura mobiliare.

Giustamente un recentissimo scrittore ha osservato (1) che l'ipoteca sopra gl'immobili può essere considerata come una cosa a sè, indipendente dal credito che assicura, in special modo sotto l'aspetto della capacità del diritto a costituirla, o a rinunziarla e della prescrizione (2). Con essa si limita il diritto di disporre del proprietario, in quanto questi perde il diritto di alienare quel valore dell'immobile sul quale si deve dal creditore esercitare il diritto di preferenza. Sotto tale aspetto l'ipoteca è considerata come un'alienazione di un diritto sopra un immobile a vantaggio del creditore; onde, chi non può alienare non può ipotecare, e l'ipoteca si estingue con trent'anni rispetto al terzo possessore indipendentemente dal credito (art. 2030 Cod. civ.) e anche rispetto al debitore perde il suo grado nello stesso periodo di tempo se non è stata debitamente rinnovata (art. 2030 Cod. civ.) e anche rispetto al debitore perde il suo grado nello stesso periodo di tempo se non è stata debitamente rinnovata (art. 2001 Cod. civ.).

Un altro recente scrittore (3) all'oggetto di dimostrare la natura immobiliare del diritto d'ipoteca, ha ricordato la teorica romana in virtù della quale l'ipoteca costituita dal curatore per garantire la vendita da lui fatta dei beni del minore, rimaneva efficace e valida per quanto fosse rescissa la vendita per difetto delle formalità richieste dalla legge (4); e ha ricordato pure i casi con-

(1) MIRABELLI, *op.* e *loc. cit.*

(2) CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile ital.*, § 204 (I, p. 313): « È ad avvertire che la relazione fra il diritto di credito e il diritto reale che lo guarentisce, non toglie a quest'ultimo l'avere di regola una esistenza a sè: imperocchè, se per esistere ha bisogno dell'esistenza del diritto di credito, pure come rapporto sulla cosa, ha un'entità sua propria, individualmente determinata ».

(3) CANNADA-BARTOLI, *op. cit.*, n. 21.

(4) L. 9 Cod. *De praediis et aliis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis* (V, 71): « Etsi si, quem praedium rusticum minoris distraxisse

simili della vendita del fondo dotale, fatta dal marito, del fondo di proprietà del minore, fatta dal padre o dal tutore, senza la voluta autorizzazione (1).

Ma questi esempi non fanno al caso. Anco pel nostro codice, se bene di regola la fideiussione non possa sussistere che per una obbligazione valida, può ciò non ostante prestarsi per una obbligazione la quale possa essere annullata in forza di una eccezione meramente personale all'obbligato (art. 1899 Cod. civ.). Si dirà per questo che la fideiussione, obbligazione accessoria, è valida malgrado la nullità dell'obbligazione principale? Evidentemente no. In questo caso, come in tutti gli altri citati dal predetto scrittore, non si hanno due obbligazioni l'una delle quali sia accessoria rispetto all'altra; si hanno due obbligazioni distinte e separate, l'una delle quali è destinata a spiegare efficacia, quando venga annullata l'altra. Il fideiussore che garantisce l'obbligazione di un minore d'età, garantisce appunto che il debitore principale non sarà per invocare la sua età minore per sottrarsi all'adempimento della obbligazione; lo stesso è a dirsi del curatore, del tutore o del padre, che vendendo i beni del minore, del marito, che vendendo i

---

affirmas, curatoris officio functus id fecit: venditio tamen contra Divi Severi Orationem facta, Praesidis sententia non immerito rescissa est. *Pignora sane quae ob evitionis periculum idem curator ex rebus propriis tibi obligavit, non prohiberis persequi* ».

(1) Cannada-Bartoli, cita a questo riguardo il Voet (*ad Pandectas,* XX, 1, n. 19), il quale in proposito ebbe a dire: « Non tamen desunt in jure nostro casus nonnulli, quibus vel obligationi inutili pignus efficaciter accedit, vel, sublata principali obligatione, quae subfuerat, pignus adhuc obligatus manet ». Ricorda ancora il Cannada-Bartoli, i vari esempi dati dal Voet, nei quali l'obbligazione principale rimane estinta per mera sottigliezza del diritto civile, mediante l'eccezione della prescrizione, della cosa giudicata, della confusione, mentre rimane fermo il pegno, o il diritto di perseguitare la cosa, come nelle LL. 30, § 1, D. *Ad leg. Aquil.* (IX, 2); 27, D. *De pignor. et hypothec.* (XX, 1); 38, § ult. D. *De solut. et liberat.* (XLVI, 3); 59, D. *Ad. Sc. Trebellian.* (XXXVI, 1); 2, C. *De evitione pignoris* (VIII, 31).

beni dotali, prestano al compratore una garantia, reale o personale che sia: la garantia ha in questi casi per effetto di assicurare il compratore contro le possibili conseguenze della deducibile nullità: e in questo senso l'imperatore Gordiano ebbe a dire nella L. 2 C. *De luitione pignoris* (VIII, 31), « intelligere debes vincula pignoris durare, personali actione submota ».

Nè pure ci sembra giusto quello che il ricordato scrittore dice richiamando a proposito della questione in esame l'art. 134 Codice civile. L'ipoteca è secondo lui diritto immobiliare perchè questo articolo, pur permettendo alla donna maritata di alienare i beni mobili senza l'autorizzazione maritale, le vieta però d'ipotecare i beni immobili, parificando così l'ipoteca all'alienazione: l'articolo vieta ancora di contrarre mutui e di cedere o riscuotere capitali; la facoltà di alienazione dei beni mobili non è dunque così sconfinata come dovrebbe essere, perchè l'argomento avesse valore (1).

Pienamente concordi quanto al principio, non lo siamo intorno alle ragioni suesposte: per noi è inutile cercare argomenti della immobilità del diritto d'ipoteca al di fuori dell'art. 1964 Cod. civ. L'ipoteca è immobile perchè è diritto reale sopra un immobile.

§ 3.

L'ipoteca è un diritto accessorio.

SOMMARIO

10. Il diritto d'ipoteca avendo per oggetto l'assicurazione del credito è accessorio di questo e ne segue le vicende — 11. Conseguenze di questo principio quanto alla cessione del credito e al pagamento con surrogazione. Cessione della ipoteca, postergazione e permutazione del grado. Rinvio — 12. Cenno storico dei tentativi fatti per rendere l'ipoteca indipendente dal credito. La cedola ipotecaria della legge francese 9 messidoro anno III — 13. Osservazioni su questo ingegnoso trovato — 14. La *Grundschuld* delle legislazioni germaniche — 15. La ipoteca così trasformata tende egual-

(1) Cannada-Bartoli, *op. cit.*, n. 22.

mente all'assicurazione del credito — 16. Si può garantire con ipoteca efficace *ab initio* un credito futuro — 17. La estinzione della ipoteca non trae seco la estinzione del credito — 18. La ipoteca può garantire soltanto la obbligazione civile: non la così detta obbligazione naturale — 19. La obbligazione garantita può essere propria od altrui.

10. Ma se l'ipoteca, considerata in sè stessa, è diritto reale immobiliare, considerata invece nel suo scopo di assicurare il soddisfacimento del credito, è diritto accessorio, subordinato per ciò alla esistenza del credito, che è destinata a garantire. Per questo l'art. 2029 n. 1 Cod. civ. dichiara che le ipoteche si estinguono con l'estinguersi dell'obbligazione.

Ciò si argomenta del resto dalla stessa definizione data dall'art. 1964; perchè se l'ipoteca è un diritto reale costitutivo per assicurare il soddisfacimento di un'obbligazione, se questo è propriamente ed esclusivamente il suo oggetto, essa non può sussistere se non in quanto sussiste l'obbligazione che è destinata a garantire, ed è subordinata alle stesse eventualità che accompagnano nel suo svolgimento e nel suo modo di essere la obbligazione stessa.

Generalmente può dirsi che l'ipoteca, come diritto accessorio, segue la sorte dell'obbligazione cui accede; e però, condizionale, nulla o annullabile questa, sarà condizionale, nulla o annullabile quella, salvo il caso superiormente accennato che sia stata costituita da un terzo all'oggetto di garantire il creditore dai dannosi effetti dell' annullamento dell' obbligazione.

È questa, del resto, una eccezione che non distrugge la regola, ma vale invece a confermarla: in questo caso eccezionale non si ha infatti un credito garantito con ipoteca, ma una ipoteca costituita a garanzia della validità del credito, che è cosa del tutto diversa. Se Tizio dà una ipoteca per assicurare Caio creditore dalle conseguenze dannose che per lui potrebbe avere l' annullamento della obbligazione verso di lui assunta da Sempronio, minore di età, non siamo nel caso ordinario di un credito garantito con ipoteca; l'ipoteca non è più un accessorio del credito di Caio verso

Sempronio; si hanno due rapporti giuridici separati, uno di Caio verso Sempronio, l'altro di Caio verso Tizio. Se il primo viene a mancare, perchè è annullata l'obbligazione, prende vita il secondo, la cui efficacia era appunto subordinata a tale eventualità ed era diretta a scongiurarne le dannose conseguenze.

Prescindendo da questo caso affatto eccezionale. sta pienamente la regola dianzi accennata. Pura e semplice la obbligazione, sarà del pari pura e semplice la ipoteca; condizionale quella, lo sarà questa egualmente; annullata, rescissa, rivocata, o estinta per qualsiasi altro motivo la obbligazione, l'ipoteca non avrà ragione di sussistere; tornando a rivivere l'obbligazione, tornerà pure a rivivere l'ipoteca (art. 2031 Cod. civ.), prendendo però grado dalla nuova iscrizione, se la precedente non è stata conservata, in omaggio al principio della pubblicità (art. 2032 Cod. civ.).

Del pari se l'obbligazione garantita è a termine, a termine sarà anco la ipoteca, in questo senso, che l'azione ipotecaria potrà esercitarsi soltanto quando sia scaduta la obbligazione, o quando il debitore sia decaduto dal benefizio del termine per essere divenuto non solvente, o per avere per fatto proprio diminuito le cautele date al creditore, o per non avergli date le cautele promesse (art. 1176 Cod. civ.).

Dicendo che, se l'obbligazione è a termine o sottoposta a condizione sospensiva, anco la ipoteca destinata a garantirla è subordinata alle stesse modalità, s'intende alludere all'esercizio dell'azione ipotecaria, non alla efficacia iniziale della ipoteca; questa infatti prende sempre grado dal giorno della iscrizione, come sarà dimostrato a suo luogo commentando l'art. 2007 Cod. civ.

Per ciò che attiene alla estinzione della ipoteca derivante dalla estinzione della obbligazione di cui è un accessorio, faremo a suo tempo una minuta analisi dei diversi casi contemplati dalla legge (art. 1236 Cod. civ.). Qui basta premettere, che se la obbligazione si estingue per novazione, con la sostituzione di un nuovo debito all'antico, che rimane estinto, le ipoteche costituite a guarentigia

del credito anteriore continuano a sussistere se il creditore ne abbia fatta espressa riserva (art. 1274 Cod. civ.). Si ha in questo caso, come osserva il Melucci (1), quasi una rinnovata costituzione dell' antica ipoteca.

11. Dal principio che l' ipoteca è un accessorio del credito, deriva che se questo viene ceduto, la ipoteca passa nel cessionario senza che occorra una speciale stipulazione (art. 1541 Cod. civ.); del pari, se si verifica, per legge o per patto, la surrogazione di una terza persona, che paga il debito, nei diritti del creditore, fra i diritti che passano nella persona surrogata al creditore è da annoverarsi il diritfo d' ipoteca (art. 1252, 1253 Cod. civ.). Tanto la cessione quanto il pagamento con surrogazione operano di diritto il trasferimento della garantia ipotecaria; ma perchè del trasferimento sia fatta annotazione sui registri ipotecari, occorre che sia consegnato al conservatore l'atto relativo, come sarà spiegato più oltre parlando delle formalità ipotecarie (art. 1994 Cod. civ.).

Dallo stesso principio che l' ipoteca è un accessorio del credito, deriva ancora che l' ipoteca non può di regola essere trasmessa senza la cessione contemporanea del credito che è destinata a garantire. Per eccezione si ammette che un creditore ipotecario possa cedere la propria ipoteca a favore di altro creditore, postergare a favore di un altro creditore, parimente ipotecario, il grado della propria ipoteca, o consentire una permutazione di gradi, destinata ad avere effetto soltanto fra le parti contraenti, senza che per ciò vengano in modo alcuno pregiudicati i diritti dei creditori intermedii, rimasti estranei alla contrattazione. Ma di questi diversi fatti giuridici, riconosciuti dalla giurisprudenza e dalla dottrina, sarà detto a suo luogo.

12. L' ipoteca è, come si è detto, un accessorio del credito, imperocchè presuppone necessariamente l' esistenza di un credito che è destinata a garantire. Per il Codice civile italiano questo

---

(1) *Op.* e *loc. cit.*, n. 3.

principio è fermissimo e non patisce eccezione; ma noi per verità crediamo che lo stesso principio valga ancora per quelle legislazioni moderne che, apparentemente almeno, hanno cercato di allontanarsene e di rendere indipendente dalla esistenza del credito la costituzione della ipoteca.

Ci sia consentito di dimostrare questa affermazione nostra con una brevissima digressione. Si esce per un momento dal campo del diritto civile italiano, ma si porta un notevole contributo alla conoscenza di quel complesso istituto giuridico che è la ipoteca.

Un primo tentativo per rendere la costituzione della ipoteca indipendente dal credito fu fatta in Francia all'epoca memorabile della rivoluzione.

La rivoluzione francese, intenta a rovinare dalle sue fondamenta tutto quanto l'edificio dell' « *ancien regime* », operò col suo spirito innovatore anche sulla materia ipotecaria. La prima legge emanata a questo proposito fu quella della Convenzione nazionale del 9 messidoro anno III. Con memorando ardimento, legislatori improvvisati che sedevano in quella famosa assemblea non si accontentarono che la proprietà fondiaria divenisse efficace istrumento di credito in virtù dell' abolizione delle ipoteche occulte e generali; non si accontentarono di promulgare i grandi principii della pubblicità e specialità delle ipoteche, nè di rendere stabili e sicure le contrattazioni concernenti gl' immobili col prescrivere le formalità occorrenti a renderle efficaci di fronte ai terzi ed a portarle a loro conoscenza. Era questa una grande mèta; ma essi non si appagarono di averla raggiunta con poche ma memorabili e profonde disposizioni; vollero oltrepassarla, cercando di attribuire al capitale ipotecario una virtù di circolazione fino allora non conosciuta nè pensata. A tale effetto si immaginò che il proprietario, sotto l'autorità del conservatore delle ipoteche, potesse mobilizzare il valore dei suoi fondi, costituendo, per un tempo determinato non eccedente i dieci anni, delle ipoteche sopra sè medesimo. Tali ipoteche venivano rappresentate da *cedole ipotecarie* portanti un de-

bito capitale inferiore ai tre quarti del valore libero dei beni designati nella cedola stessa, computati i debiti ipotecarii preesistenti. Il valore dei beni desumevasi da una perizia eseguita a cura del conservatore, che se ne rendeva per tal modo garante verso il pubblico. La cedola — segno rappresentativo del valore attribuito al fondo e del suo stato ipotecario — si realizzava dal proprietario mediante girata, ed era trasmissibile con lo stesso mezzo senza garanzia dei giranti. La garanzia era rappresentata dal fondo, contro del quale il possessore della cedola poteva agire in via esecutiva, in virtù della cedola, senza bisogno di precedente citazione del debitore.

L'ipoteca diveniva così un rapido e sicuro mezzo di circolazione del valore fondiario, un titolo di credito trasmissibile come la cambiale o il biglietto di banca; con la differenza che mentre in questi effetti, all'ordine o al portatore, la vera, la sola garanzia consiste nelle riserve metalliche e nel credito del banchiere o dell'istituto che li emette, nella cedola ipotecaria il credito posava direttamente sul valore fondiario dei beni ipotecati.

Parve allora un sogno! Ma il progresso economico addita inesorabilmente la cedola ipotecaria come il fine ultimo da raggiungere per rendere spedite e accessibili a tutti le operazioni di credito fondiario senza nuocere alla sicurezza del collocamento dei capitali. Già il Carabelli nel 1856, difendendo la legge del 9 messidoro anno III dagli attacchi del Troplong, non esitava ad affermare che questa legge aveva formulato pienamente il teorema economico della ipoteca (1), imperocchè senza nuocere alla sicurezza degl'impieghi ipotecari, ne facilitava la spedita conclusione, dando in pari tempo ai capitali impiegati una virtù di circolazione per cui il creditore potesse innanzi la scadenza realizzare in commercio il suo diritto (2).

---

(1) CARABELLI, *Il diritto ipotecario vigente nel regno lombardo-veneto*, vol. I, *Introduzione*, n. XVIII.

(2) CARABELLI, *op.* e *loc. cit.*, n. XVII.

La legge successiva 11 brumaio anno VII non riprodusse le disposizioni sulla ipoteca sopra sè medesimo e sulla cedola ipotecaria trasmissibile per via di semplice girata; anzi questi istituti, affatto trascurati nel Codice francese, furono fatti segno ad acerbissime censure per parte di eminenti giureconsulti, inconsapevoli o poco curanti dell' ufficio economico che la ipoteca è chiamata a compiere nel progredito ordinamento sociale. Il Grenier disse, nel suo rapporto al tribunato, che l'ipoteca cedolare smuoveva e scrollava la proprietà fondiaria, creando potenti mezzi di improvvida dissipazione (1); ed il Troplong qualificò la legge di messidoro come inspirata da spirito fazioso e come diretta a sconvolgere la proprietà. Il legislatore, secondo questo illustre scrittore, avea voluto mobilizzare la proprietà privata, come aveva fatto dei beni nazionali con i famosi *assignats,* deprezzando quella come questi e facilitando l'aggiotaggio, e la usura (2).

---

(1) LOCRÈ.

(2) TROPLONG, *Privilèges et hypothèques,* 561, *De la vente,* 906. Non possiamo resistere alla tentazione di trascrivere un brano della eloquente risposta del nostro CARABELLI (*loc. cit.*): « Mobilizzare la proprietà fondiaria; ecco la terribile accusa! Ma e l'ipoteca non è per sè stessa la parziale e proporzionata mobilizzazione della proprietà fondiaria? E perchè adunque non la si abolisce pur essa, e si tolgono tutti questi mali dalla radice? O vuolsi rispettare la libertà del proprietario di disporre della cosa sua, secondo meglio gli talenta, e questa libertà sarà piuttosto da favorirsi: o la si vuol costringere, sostituendo la legge all'arbitrio del privato, ed allora bisognerà cercare chi provvederà meglio all'interesse del privato che non il privato stesso. E non pare egli simile, anzi identico, questo caso, con quel famoso di Licurgo, che per far sobrii e avari i suoi cittadini aboliva l'oro o l'argento nelle suppellettili e nelle monete? L'eccellenza della legge del messidoro consiste appunto nell'aver facilitata la funzione economica della mobilizzazione in due modi: l'uno nella facile durata del documento ipotecario garantito dal conservatore; l'altro nella formazione di questo documento che colla ipoteca sopra sè medesimo si forma prima di essere gettato in commercio. Il primo modo è della essenza di un buon sistema ipotecario; perciocchè il valor fondiario mobilizzato col credito non deve rimanere indisponibile nelle mani del creditore, che l'ottenne per

13. Non è nostro còmpito difendere la legge del 9 messidoro dagli attacchi dei ricordati scrittori; ci limitiamo ad osservare che essa non era immune da gravi difetti, sia perchè violava il principio della pubblicità, permettendo di prendere iscrizione presso qualunque ufficio ipotecario anco diverso da quello nella cui giurisdizione si trovavano i beni ipotecati, sia perchè stabiliva un troppo rapido e quasi fulmineo sistema di esecuzione immobiliare. Ma prescindendo da ciò, sembra a noi certo che il principio fondamentale ispiratore di quella legge meritava la massima considerazione, per la ragione che facilitando immensamente le operazioni di credito fondiario aumentava grandemente il valore delle proprietà, le quali tanto più sono apprezzate, quanto più è facile realizzarne il valore in un momento di bisogno; e d'altro canto, rendendo trasmissibili mediante semplice girata i crediti ipotecari doveva necessariamente richiamare i capitali a questa sorte d'impieghi, che al vantaggio grande della sicurezza uniscono di regola il danno della eccessiva immobilizzazione.

La ipoteca sopra sè medesimo e la cedola ipotecaria si sono considerate a torto come incentivo alla dilapidazione; un proprietario previdente e savio ne farebbe un uso moderato e conforme ai suoi interessi; mentre un proprietario prodigo e scioperato non trova ostacolo alla dissipazione delle sue sostanze nella difficoltà che circonda le operazioni di credito fondiario; la semplice emissione di obbligazioni chirografarie, specialmente nella funesta forma cambiaria, di cui tanto si abusa oggidì, basta perchè in tempo brevissimo importanti patrimoni immobiliari si vedano coperti di

---

primo, ma come ogni altro valore deve essere suscettivo di concambio: a meno di cadere nello sconcio, che la proprietà fondiaria fosse mobilizzata col credito e il capitale mutuato per essa nol fosse pure ..... Noi non vediamo che si possa dire altrimenti del secondo partito proposto dalla legge del messidoro, circa l'anticipata affettazione della proprietà stabile col mezzo delle ipoteche sopra sè medesimo . . . ».

ipoteche giudiciali ed esposti alla subasta, che porta, novantanove volte su cento, il massimo deprezzamento della proprietà e la estrema rovina del debitore, senza far conseguire ai creditori ultimi iscritti il pagamento dei loro crediti.

Chi vivendo nella pratica degli affari vede le lungaggini infinite e i gravi danni che incontrano coloro che vogliono contrarre mutui ipotecari, anche con istituti di credito fondiario e con prima ipoteca, non può non considerare le riforme della celebre legge di messidoro come sommamente vantaggiose; il fatto che ogni proprietario potrebbe, in virtù di queste riforme, costituire l'ipoteca sopra sè medesimo, per negoziare il relativo documento con la massima speditezza al momento del bisogno, ha una importanza che non può sfuggire ad alcuno; il documento porterebbe la menzione del valore degl'immobili ipotecati e del grado della ipoteca; e poichè dell'uno e dell' altro dovrebbe essere presa nota sui registri ipotecari, non sarebbe violato affatto il principio della pubblicità.

Non sarebbe d' altronde da temere il deprezzamento dei documenti ipotecari e dei capitali in essi rivestiti. I famosi *assignats* deprezzarono in modo eccezionalmente funesto, ai tempi della rivoluzione francese, perchè avevano nei beni nazionali che rappresentavano una guarentigia insufficiente ed irrealizzabile; ma la cedola ipotecaria garentita sulla proprietà fondiaria, emessa sino a concorrenza della metà del suo effettivo valore, non potrebbe andar soggetta nè a deprezzamenti nè ad oscillazioni. Se ne ha una prova nelle cartelle emesse dai diversi istituti autorizzati a compiere le operazioni di credito fondiario. Se gl'istituti chiamati a compiere le funzioni d'intermediari fra i capitalisti desiderosi di sicuro impiego e i proprietari costretti a ricorrere al credito, operano con la dovuta prudenza, astenendosi dal prestar mano alle rovinose speculazioni edilizie, e accordando il loro favore alla terra, il valore delle cartelle si mantiene intorno al valore nominale

con una costanza che è lieto presagio per la ulteriore evoluzione del sistema ipotecario.

14. Che quello che abbiamo accennato intorno ai vantaggi di una evoluzione del sistema ipotecario nel senso della legge di messidoro, non sia una semplice utopìa, ma un reale progresso che si dovrà raggiungere prima o poi anche in Italia, si dimostra facilmente per poco che si consideri quello che si è praticato nello stesso senso presso i popoli germanici.

Là, dove vigeva da gran tempo il sistema tavolare, era sommamente facile imprimere alla ipoteca le forme nuove. Ciò si fece in parte con la lettera di pegno *(Pfandbrief, Schuldbrief, Versicherungsbrief)*, conservata nel progetto di Codice civile per l'impero germanico col titolo più appropriato di *Hypothekenbrief* (1) e dichiarata trasmissibile mediante spedite formalità (2). Da questo alla ipoteca sopra sè medesimo, rappresentata da una cedola ipotecaria non vi era che un passo; e questo fu fatto con le famose leggi ipotecarie prussiane del 1872, a ragione citate e commentate come un reale progresso legislativo ed economico dai moderni giuristi (3). Queste leggi ammisero la *Grundschuld*, e la *Grundschuldbrief*, conservate nel progetto di Codice civile per l'impero germanico (4).

---

(1) LEHR, *Droit civil germanique*, 112; *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, § 1136 e seg.

(2) *Entwurf*, § 1112: Zur Abtretung der durch die Briefhypothek gesicherten Forderung, ist der Abtretungsvertrag und die Uebergabe des Hypothekenbriefes an den neuen Gläubiger erforderlich. Die Abtretungserklärung des bisherigen Gläubigers muss gerichtlich oder notariell beglaubigt sein. Die Eintragung in das Grundbuch ist nicht erforderlich ».

(3) *Die neuen preuss. Grundbuch u. Hypothek. Gesetze*, HOINGHAUS (Berlin, 1872). V. ancora la traduzione con note di PAUL GIDE, in *Annuaire de la législation étrangère* (Paris, 1873), p. 208; GABBA, *Le nuove leggi prussiane intorno alla proprietà fondiaria e il diritto ipotecario*, nelle *Questioni di diritto Civile*, p. 47 e seg.

(4) *Entwurf*, §§ 1135 e seg.

Con la *Grundschuld* (debito fondiario) s'impone un vincolo al fondo indipendentemente dal debito e prima che questo sia contratto. Il debito fondiario è un diritto di per sè stante, che non suppone nè implica obbligo alcuno nè principale nè accessorio (1) e che dà vita al rapporto di garanzia del credito soltanto con la effettiva trasmissione del relativo documento (*Grundschuldbrief*).

Si appagarono per tal modo le aspirazioni di quei moderni economisti, i quali vorrebbero assimilare per ogni verso la proprietà fondiaria alla proprietà mobiliare. La terra stessa è, per così dire, principale debitrice; e la lettera del debito è sì fattamente equiparata alla cambiale, che nelle leggi prussiane del 1872 era chiamata cambiale reale (*Realwechsel*) (2).

La maggior singolarità di sì fatto istituto è questa, che un proprietario potendo imprimere più diritti reali aventi la qualifica di *Grundschuld* sullo stesso fondo, con gradi successivi, e ottenere per ciascuno un separato documento trasmessibile e negoziabile, gli è dato conservare presso di sè quello anteriore di grado e negoziare il posteriore; onde, per dirla col linguaggio del sistema ipotecario nostro, chi per prima impresta danaro sopra un immobile, può essere secondo iscritto, riservandosi così il proprietario di comparire egli stesso nel giudizio di graduazione a prelevare quella parte del valore del fondo che è coperta dal documento che si è tenuto per sè (3). E in ciò non vediamo inconveniente alcuno, perchè sia rispettato il principio della più completa pubblicità, di che non è a dubitare in Germania ove vige

---

(1) Gabba, *op. cit.*, p. 70.

(2) Gabba, *op. cit.*, p. 71.

(3) « Coll' accendere, dice il prof. Gabba, un *debito fondiario* a proprio vantaggio, il proprietario non fa in realtà che procacciare a sè medesimo un titolo rappresentativo del fondo, e un mezzo di disporne; e col farsi graduare in concorrenza con gli altri creditori, egli non fa che sottrarre ai medesimi una parte del valore del fondo, che ad essi non era impossibile sapere già prima non essere oggetto dei loro calcoli e del loro diritto ».

il sistema tavolare, ed ove la proprietà e gli altri diritti reali non si acquistano e non si trasmettono, neppur fra le parti, senza la formalità della iscrizione nel libro fondiario (*Grundbuch*). Un proprietario può procurarsi i diversi documenti di debito fondiario emessi con grado successivo e negoziare i posteriori, se il valore dei fondi gravati e lo stato del mercato lo consente, ritenendosi gli anteriori di più facile esito. Le sorprese dell'altrui buona fede non sono da temere; dal momento che la emissione delle *Grundschuldbriefen* resulta dai registri ipotecari.

15. Le premesse osservazioni ci permettono di dimostrare la proposizione affermata di sopra, che cioè anco in quelle legislazioni le quali hanno voluto rendere la costituzione della ipoteca indipendente dalla esistenza del credito, questa indipendenza è più tosto apparente che reale. Infatti se al momento in cui viene emesso il titolo ipotecario non esiste il credito, non può dirsi però che la emissione stessa sia destinata a produrre effetto: è soltanto quando il possesso del titolo è trasferito in altra persona, con le formalità richieste dalla legge, che sorge il diritto reale separato dal diritto di proprietà; ma allora è sorto anche il credito, perchè il concessionario ha sborsato la somma garantita dal titolo ed ha ottenuto il titolo appunto in garanzia di questo sborso. Si ha dunque il credito garantito, si ha il rapporto accessorio, come nel sistema ipotecario vigente in Italia; sono diverse le forme, ma non è, nè può essere diversa, la sostanza del rapporto giuridico.

Ammessa come esatta la definizione data della *Grundschuld* da Heidenfeld (1), il quale dice essere questa « un diritto reale diretto ad *un facere*, cioè alla prestazione di una somma, prestazione incumbente a chi sia proprietario del fondo, in guisa che l'avente diritto possa far vendere il fondo onde pagarsi, nel caso che al tempo della scadenza non gli venga sborsato il capitale cogl' interessi, non ne rimane infirmata la definizione nostra,

(1) *Das preussische Immobiliarrecht u. d. Gesetz vom 5 mai*, 1872, p. 124.

perchè in quella facoltà di far vendere il fondo onde pagarsi, se il debitore alla scadenza non paga, si ha precisamente il concetto del rapporto di assicurazione del credito che è il carattere specioso della nostra ipoteca.

È diverso il modo di origine del rapporto, perchè il diritto reale viene iscritto prima che il credito abbia vita; ma è identica l'essenza, perchè si tende egualmente a garantire il soddisfacimento della obbligazione.

16. Anco secondo il Codice civile italiano la esistenza del credito non è così strettamente connessa con la efficacia della ipoteca, che non sia permesso costituire ed iscrivere, con immediato effetto, la ipoteca, anco prima che il credito abbia vita. L'articolo 2007 Cod. civ. dispone che l'ipoteca produce effetto e prende grado dal momento della sua iscrizione, ancorchè si tratti di un contratto di prestito in cui lo sborso del danaro si effettui posteriormente; ed a suo tempo dimostreremo come in virtù di questa disposizione di legge possa garantirsi con ipoteca il credito che in progresso di tempo sarà per resultare dall'apertura di un conto corrente, e possa persino assicurarsi il pagamento di un credito eventuale.

La stessa disposizione che ammette la preventiva assicurazione nel grado stesso del capitale di un certo numero di annate di interessi (art. 2010 Cod. civ.), dimostra come la esistenza del credito non è assolutamente indispensabile per la efficacia della ipoteca; anco gl'interessi da scadere sono un debito futuro; il relativo credito non sorge se non quando è verificata la scadenza delle singole rate: ciò non ostante, le rate da scadere sono garantite dalla stessa ipoteca che è stata iscritta a garanzia del capitale e godono, entro i limiti fissati dalla legge, dello stesso grado ipotecario spettante al medesimo.

Un'altra disposizione del nostro Codice conferma la regola da noi formulata, la quale può esprimersi dicendo che sebbene il di-

ritto d'ipoteca, essendo accessorio del credito, presupponga l'esistenza di questo, pure per eccezione è ammesso che possa essere costituita ed iscritta, ed avere effetto, prima che il credito abbia vita. È la disposizione dell'art. 1969 n. 4, in forza della quale l'ipoteca legale concessa alla moglie sui beni del marito per la dote, ha luogo su tutti quelli che il marito possiede al momento in cui la dote è costituita, ancorchè il pagamento di essa non avesse luogo che posteriormente (1).

È presso che superfluo avvertire che in tutti questi casi la efficacia della ipoteca è subordinata alla condizione che posteriormente alla sua costituzione ed alla sua iscrizione avvenga effettivamente lo sborso del danaro, la cui restituzione la ipoteca è destinata a garantire. Se il banchiere che ha aperto il conto corrente non fa poi alcuna somministrazione, se la dote promessa non viene pagata, se il mutuo stabilito non è susseguito dalla effettiva consegna della somma mutuata, la ipoteca, per quanto costituita ed iscritta, non può produrre effetto alcuno per mancanza del credito ad assicurare il quale era stata posta in essere.

In ciò si ha una riprova dell'accessorietà del rapporto; il credito da garantirsi può non esistere ancora, quando la ipoteca è costituita ed iscritta; ma poichè la costituzione e la iscrizione hanno avuto luogo in vista della futura esistenza del credito garantito, se questo non prende vita in tempo posteriore, l'esercizio dell'azione ipotecaria è assolutamente inconcepibile. L'effetto ed il grado di cui parla l'art. 2007, l'efficacia della ipoteca a cui allude con la espressione «*ha luogo*» l'art. 1969 n. 4, sono un effetto, un grado, una efficacia condizionali, sono cioè subordinati alla condizione che almeno successivamente prenda vita il rapporto principale di debito e credito di cui la ipoteca è un rapporto accessorio.

17. Dal fatto che il rapporto giuridico d'ipoteca è accessorio del rapporto principale di credito che l'ipoteca è destinata a

---

(1) MIRABELLI, *op. cit.*, n. 3.

garantire, deriva come indispensabile conseguenza che rimanendo estinto per qualsivoglia causa il credito garantito, anco l' ipoteca vien meno (1); può restare materialmente iscritta sui registri ipotecari, ma non può più produrre alcun effetto, e il debitore, che non è più tale, può in qualunque tempo esigerne la cancellazione come sarà detto a suo luogo.

Ma dallo stesso fatto che l'ipoteca è un accessorio del credito, deriva ancora la proposizione inversa che la estinzione della ipoteca non cagiona di per sè la estinzione del credito che stava a garantire. Perito il principale, l' accessorio è per necessità ineluttabile condotto a perire della stessa morte; ma perito invece l'accessorio, può bene continuare a sussistere il principale, che ha vita sua propria e indipendente. Mentre la nullità o la estinzione del credito produce la nullità o la estinzione della relativa ipoteca, la nullità o la estinzione di questa non produce la nullità o l'estinzione di questo. Così se l' immobile ipotecato perisce, è estinta l' ipoteca (art. 2029 n. 2 Cod. civ.), ma sussiste il credito; anzi se si trattasse d' ipoteca convenzionale, il creditore avrebbe diritto a un supplemento di garanzia e in mancanza al pagamento del suo credito (art. 1980 Cod. civ.); se poi si trattasse d' ipoteca legale o giudiziale, il creditore potrebbe di regola iscriverla sugli altri beni che restassero in proprietà del debitore.

Lo stesso è a dire degli altri casi di estinzione della ipoteca contemplati nell' art. 2029 Cod. civ.

Il creditore può rinunziare all' ipoteca conservando il credito; anzi tale rinunzia non basterebbe per far presumere la rimessione del debito, come non basta a farla presumere la restituzione del pegno (art. 1280 Cod. civ.). Occorre per così grave effetto una positiva manifestazione di volontà.

Il pagamento dell' intero prezzo dell' immobile ipotecato nei

---

(1) L. 129 § 2, D. *De reg. jur.*: « Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent ».

modi stabiliti dalla legge per i giudizi di graduazione, è del pari causa di estinzione dell'ipoteca; ma il credito sussiste, non già contro il terzo possessore, ma bensì contro il debitore, che rimane personalmente obbligato verso il creditore non soddisfatto.

Lo stesso è a dirsi dello spirare del tempo pel quale l'ipoteca fu data; e del verificarsi della condizione risolutiva che vi fu apposta. Sono anche queste cause di estinzione le quali, così come sono considerate nell'art. 2029 Cod. civ., agiscono sulla ipoteca ma non sul credito. Tizio ha garantito per dieci anni con ipoteca sui proprii beni la rendita vitalizia che Caio deve a Sempronio; spirati i dieci anni l'ipoteca è estinta, ma Sempronio non cessa per questo di essere creditore della rendita. Caio ha garantito con ipoteca sui proprii beni il debito di Tizio verso Sempronio, finchè Tizio non erediti dal padre la parte che gli spetta; aperta la successione paterna, e pervenuta a Tizio la quota a lui devoluta, è estinta, pel verificarsi della condizione risolutiva, l'ipoteca costituita da Caio, ma non è venuta meno per questo l'obbligazione verso Sempronio. Se invece la rendita fosse costituita, non per la vita del creditore ma per 10 anni, o se fosse sottoposta a condizione risolutiva l'obbligazione, cessando il credito sarebbe estinta in pari tempo la ipoteca.

18. Perchè si abbia una valida ipoteca occorre una obbligazione civile che essa sia destinata a garantire. Dal momento che la legge non accorda azione per costringere il debitore al soddisfacimento di una obbligazione naturale, che è rilasciata alla sua probità ed alla sua coscienza, la costituzione di un'ipoteca, che non portasse in pari tempo novazione, non potrebbe far luogo all'esercizio di diritti per parte del creditore (1).

Il caso era diversamente risoluto dal diritto romano (2); ma

---

(1) POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 97; PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 103.

(2) Confr. su ciò CHIESI, *Il sistema ipotecario illustrato*, § 536, ove è trattato diffusamente sì fatto argomento. Ci limitiamo a ricordare la L. 5 pr. D.

a tutti è noto che il diritto moderno ha tolto all'obbligazione naturale ogni assistenza, e che il Codice civile italiano in particolare si limita ad accordare al creditore la *soluti retentio* in caso di volontario soddisfacimento per parte del debitore (art. 1237 capov. 1804 Cod. civ.).

Parlare, in questi termini, d'ipoteca costituita per assicurare l'adempimento di una obbligazione naturale, sarebbe un non senso, mentre sì fatta obbligazione produce uno speciale effetto giuridico soltanto quando è volontariamente adempiuta.

Qualche scrittore ha creduto di poter fare a questo proposito delle distinzioni, invocando la nota regola dell'art. 1899 Cod. civ. per la quale è ammesso che la fideiussione possa prestarsi per una obbligazione la quale possa essere annullata in forza di una eccezione meramente personale all'obbligato; se si può garantire con fideiussione tale obbligazione, si è detto, il fideiussore può certamente convalidare con una ipoteca la prestata garanzia; ma se si può dare ipoteca per garantire indirettamente una obbligazione di questa natura, perchè non deve esser lecito di garantirla direttamente e immediatamente con una ipoteca? (1).

Due sostanziali obietti si possono contrapporre a questo ragionamento: anzitutto che l'obbligazione la quale può essere annullata per una eccezione meramente personale all'obbligato, non è una obbligazione naturale, ma è invece una obbligazione civile che sussiste e produce i suoi effetti giuridici fino a che non ne venga domandata e pronunziata la nullità (2); la obbligazione del

---

De pignorib. et hypot.: « *Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione . . . . . et vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali* ».

(1) PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 103, p. 204 ove è citato, a parer nostro fuori di luogo, il CARABELLI, *op. cit.*, I, 3, che è ben lontano dal professare tale opinione.

(2) CANNADA-BARTOLI, *op. cit.*, II, 39 che riassume la importante e nota dissertazione di GIORGI sull'argomento (*Obbligazioni*, I, n. 32 a 67, p. 35 a 73).

minore, espressamente contemplata nell' art. 1899 Cod. civ., ha questo carattere; conseguentemente la tentata estensione alla ipoteca della regola scritta per la fideiussione, non serve affatto a dimostrare che una obbligazione naturale può essere garantita mediante ipoteca. Ma poi: è egli vero che la regola dell' art. 1899 può estendersi dalla fideiussione alla ipoteca? Noi siamo ben lontani dall'ammetterlo. Si tratta di una disposizione che forma eccezione alle regole generali (1), e che per conseguenza non può estendersi oltre i casi in essa espressi (art. 4 tit. prelim. al Cod. civ.). Il fideiussore, garantendo l'obbligazione che potrebbe venire annullata per una eccezione meramente personale all'obbligato, dà con ciò a divedere l'intenzione di voler appunto garantire il terzo dalle conseguenze dell'annullamento; garantisce, in certo modo, che il debitore non domanderà la nullità dell'obbligazione e promette di pagare egli stesso l' ammontare del debito se l' annullamento verrà domandato dal debitore e pronunziato dal giudice: può dirsi lo stesso di chi costituisce un'ipoteca in favore di un'altrui obbligazione, annullabile in forza di una eccezione meramente personale all'obbligato? Evidentemente no. Chi dà l' ipoteca pel debito altrui non assume veruna obbligazione personale; non fa che vincolare il proprio immobile al soddisfacimento di quel debito: l'ipoteca, diritto accessorio, non può avere una vita separata dalla vita del credito che è destinata a garantire. Annullata l'obbligazione, cadrà necessariamente l'ipoteca, la quale non avrà più ragione alcuna di sussistere, nè potrà spiegare un effetto incompatibile con la sua natura di diritto accessorio.

19. Non è del resto necessario che la obbligazione civile ga-

---

(1) La regola è che la fideiussione non può sussistere che per una *obbligazione valida* (art. 1899 Cod. civ.). Per eccezione è ammessa la fideiussione della obbligazione che può essere annullata; tanto vero che il capoverso comincia con le parole: « *Ciò non ostante* » che denotano chiaramente l'idea della eccezione.

rantita con ipoteca sia propria di chi accorda al creditore sì fatta garanzia reale: l' obbligazione può essere altrui, in quanto può avvenire che i beni di una persona siano ipotecati a garanzia di un debito di persona diversa.

Ciò può accadere in due casi ben distinti. Può accadere in primo luogo, perchè colui che dà l'ipoteca sia fino dall' inizio del rapporto giuridico una persona diversa dal debitore; lo dice la stessa definizione data dall' art. 1964 Cod. civ. con le parole « diritto reale costituito sopra beni del debitore *o di un terzo* »; può accadere in secondo luogo, perchè i beni originariamente ipotecati del debitore siano da questo alienati, a titolo oneroso o gratuito, a favore di altra persona; l'acquirente, se non vi è espressa delegazione del pagamento del debito, non è personalmente obbligato, ma è obbligato ipotecariamente (1) ; è tenuto cioè al pagamento in ragione dell'immobile acquistato e a concorrenza del suo valore. Anco questo è chiaramente espresso nell'art. 1964 ultimo capoverso, ove è dichiarato che l'ipoteca è inerente ai beni e li segue presso qualunque possessore.

Di questo secondo caso parleremo esponendo gli effetti della ipoteca: ne tratta il Codice in due separate sezioni del Capo delle ipoteche, la sesta *(Degli effetti delle ipoteche riguardo al terzo possessore)* e la decima *(Del modo di liberare gl'immobili dalle ipoteche)*

Intorno al primo caso è invece necessario premettere qualche parola: ciò serve a meglio concretare e determinare il concetto della ipoteca.

Quando la ipoteca è data originariamente da persona diversa dal debitore, il creditore viene a godere, in virtù dello stesso rapporto di credito, di due diritti distinti; un diritto personale con-

(1) Ma sarebbe personalmente obbligato se il venditore gli avesse lasciato in mano una parte del prezzo onde far fronte con questo al pagamento dei suoi debiti. L'azione personale contro il terzo possessore sarebbe allora fondata sull'obbligazione da lui assunta e affatto indipendente dall'azione ipotecaria (Cass. Napoli, 18 novembre 1893, *Legge*, 1894, I, 585); art. 1023 Cod. civ.

tro il debitore, un diritto reale di garanzia sopra le cose date in ipoteca dal terzo. In virtù del diritto di scelta che gli compete quanto ai mezzi di esecuzione (art. 567 Cod. proc. civ.), il creditore può agire tanto personalmente contro il debitore, quanto ipotecariamente contro colui che ha costituito l' ipoteca a garanzia del debito altrui; una sola eccezione a sì fatta libertà di scelta del creditore è posta nell'art. 2080 Cod. civ.: « Il creditore senza il consenso del debitore non può far subastare gl' immobili che non sono ipotecati a suo favore, se non quando i beni ipotecati pel suo credito sono insufficienti ».

Si argomenta da ciò che data l' ipoteca da persona diversa dal debitore si ha un *beneficium excussionis* alla rovescia; non è colui che ha costituito l'ipoteca che può esigere alla pari del fideiussore, la preventiva escussione del debitore, a forma di quanto dispone, salvi i casi di rinunzia o di fideiussione solidale, l'articolo 1907 Cod. civ.; è invece il debitore che può esigere la subastazione degl'immobili ipotecati dal terzo per guarentigia del suo debito, prima che il creditore si faccia a subastare gl' immobili non ipotecati di sua proprietà.

Il terzo che dà ipoteca è pertanto obbligato al pagamento del debito garentito in modo affatto diverso dal fideiussore; modo che da un lato è più stretto, dall'altro più largo; più stretto, in quanto il terzo non gode del *beneficium excussionis;* più largo, in quanto è tenuto soltanto con i beni dati in ipoteca e a concorrenza del loro valore (1).

---

(1) La giurisprudenza ha più volte confermato il principio che la costituzione d'ipoteca per guarentigia del debito altrui non dà luogo ad un'azione sussidiaria ma bensì ad un'azione principale e diretta contro il datore d'ipoteca il quale non gode, per conseguenza, del beneficio della escussione accordato, di regola, al fideiussore (Cass. Torino, 23 luglio 1883, *Annali di giur. it.*, XVII, I, 1, 439; Palermo, 10 settembre 1886, *Legge*, XXVII, I, 196). Rimasta inefficace per la sopravvenuta cessazione dei pagamenti la ipoteca data dal debitore caduto in istato di fallimento, non rimane per questo inefficace la ipo-

§ 4.

L'ipoteca è indivisibile.

SOMMARIO

20. Ragione e fondamento di questo suo carattere — 21. Deroghe al principio della indivisibilità — 22. Effetto di questo principio in relazione ai beni ipotecati e in relazione al credito — 23. Non è ammessa per la ipoteca la estensione ammessa per il pegno dall'art. 1888 capov. Cod. civ. — 24. La indivisibilità della ipoteca non produce la indivisibilità nè la solidarietà dell'obbligazione garantita ipotecariamente — 25. Analisi del testo che dichiara la indivisibilità—26. Il principio della indivisibilità, essendo stabilito in vantaggio del creditore, non può essere invocato dal debitore in di lui pregiudizio.

20. Altro carattere giuridico della ipoteca è la indivisibilità, proclamata nel capoverso dell' art. 1964 Cod. civ., il quale, parafrasando il trito ditterio forense « *est tota in toto, est tota in qualibet parte* », così dispone: « Essa è indivisibile e sussiste per intero sopra tutti i beni vincolati, sopra ciascuno di essi e sopra ogni loro parte ».

Siffatta indivisibilità non è però della essenza della ipoteca, nè della sua natura, come la indivisibilità della servitù, della quale la L. 13 § 1 D. *De servit. praed. rust.* diceva « *ita diffusa est, ut omnes glebae serviant* ». La indivisibilità della ipoteca ha luogo, più tosto che per la sua natura o per la sua essenza, per determinazione della legge, la quale ha di mira la utilità del creditore e la efficace assicurazione del credito (1).

---

teca data contemporaneamente dal terzo, il quale per ciò non gode del beneficio della escussione nè di quello *cadendarum actionum* (cit. dec. Palermo, 10 settembre 1886). V. ancora Casale, 5 giugno, 1893, *Foro it.*, 1894, I, 1262; Venezia, 14 aprile 1891, *Temi ven.*, 1891, 463.

(1) Malgrado che il Codice francese, dichiari nell'art. 2114 l'ipoteca indivisibile « *de sa nature* », gli scrittori si accordano nel dire che l'ipoteca è indivisibile per la presunta intenzione delle parti contraenti: TROPLONG, *op. cit.*,

Già il diritto romano, senza dichiarare espressamente indivisibile il diritto d'ipoteca, gli aveva attribuito in varii casi il carattere della indivisibilità, affinchè meglio corrispondesse al suo scopo. Così, mentre morendo il debitore, e lasciando esso più eredi, il creditore era di regola obbligato a dividere la sua azione personale e a far tanti giudizi quante erano le persone degli eredi, per ripetere da ciascuno la respettiva quota del debito, non era egualmente obbligato a dividere l'azione ipotecaria e poteva agire con questa per l'intero credito contro il coerede possessore della cosa ipotecata (1), senza che il coerede potesse liberarsi offrendo di pagare, o pagando effettivamente, la quota a lui spettante del debito ereditario (2). Così pure nel caso di più fondi ipotecati per lo stesso credito, e di ipoteca generale estesa sopra tutti i beni del debitore, il creditore poteva a sua scelta esercitare l'azione ipotecaria sopra tutti i fondi vincolati o sopra alcuno (3). Finalmente estinta una parte del debito, il diritto d'ipoteca rimaneva ferma nella sua integrità su tutti i fondi gravati fino alla completa estinzione della obbligazione (4).

385; PONT, *op. cit.*, X, 331; gli scrittori italiani adottano unicamente questa opinione, come può vedersi in POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 98, il quale rileva che il Cod. civ. it. non ripete la formula « *de sa nature* »; in PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 104; CANNADA-BARTOLI, *op. cit.*, II, 23; MELUCCI, *op. cit.*, lez. I, n. 5 in fine; a noi sembra che la origine della indivisibilità sia più esattamente formulata con la espressione adoperata nel testo.

(1) L. 2 C. *De hered. actionib.*: « Pro hereditariis partibus heredes onera hereditaria agnoscere etiam in Fisci rationibus placuit... nisi intercedat pignus, vel hypotheca, tunc enim possessor obligatae rei conveniendus est ».

(2) L. 16 C. *De distract. pign.*; L. 8, § 2, D. *De pign. act.*: « Si unus ex heredibus portionem suam solverit, tamen tota res, pignori data, venire poterit: quemadmodum si ipse debitor portionem solvisset ».

(3) L. 8 D. *De distract. pign. et hypothecar.*: « Creditoris arbitrio permittitur, ex pignoribus sibi obligatis, quibus velit distractis, ad suum commodum pervenire ».

(4) L. 19 D. *De pignorib.*: « Qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare, nisi accepto universo, quantum debetur ».

Sono questi anco in diritto moderno, gli obiettivi della indivisibilità, e da essi è facile argomentare la verità di quello che sopra si affermava, che cioè la indivisibilità è dichiarata dalla legge per la utilità del creditore e per la efficace assicurazione del credito (1).

Può dirsi, in altri termini, che la indivisibilità, più tosto che in una presunta intenzione delle parti, trova la sua spiegazione nel servigio economico che la ipoteca è chiamata a prestare. Dal momento che essa è lo strumento esclusivo del credito fondiario, che è alla sua volta la più solida base del credito individuale, dal momento che essa tende ad assicurare l'adempimento delle obbligazioni, sul quale è fondato, non soltanto il benessere individuale ma l'ordine sociale, è necessario che funzioni nel modo il più efficace, e che sia circondata di quelle speciali caratteristiche che meglio valgono a farle raggiungere il suo scopo. Lo avevano intuito, col loro fecondo spirito di analisi, i giureconsulti romani; lo hanno esplicitamente dichiarato, non a certi speciali effetti ma a tutti gli effetti possibili, i moderni legislatori.

Non bisogna però confondere l'indivisibilità della ipoteca con la indivisibilità della obbligazione. Questa si ha quando l'obbligazione ha per oggetto una cosa o un fatto non capace di divisione, o per la sua stessa natura, o pel modo in cui le parti contraenti ebbero a considerarlo (art. 1202 Codice civ,); quella invece si ha sempre, quantunque la ipoteca abbia per iscopo l'assicurazione del credito, che è di sua natura divisibile, e per oggetto i beni dati in garanzia che spesso lo sono egualmente. Mentre infatti non può concepirsi la parziale prestazione di un servigio, come l'opera intellettuale, o di una servitù, si può non soltanto

(1) Anco il progetto di Codice civile germanico proclama lo stesso principio nel § 1071: « Die Hypothek besteht an jedem Teile des belasteten Grundstückes und der mithaftenden Gegenstände und, wenn mehrere Grundstücke mit der Hypothek belastet sind, an jedem Grundstücke für die ganze Forderung ».

concepire ma attuare, e si attua di frequente, la divisione della ipoteca, nulla vietando al creditore di restringere la ipoteca quando ha ottenuto parziale pagamento del suo credito, o di agire per una parte del medesimo contro i singoli possessori degl'immobili ipotecati. Ciò vale a dimostrare come fosse errata l'affermazione pel Codice civile francese, che contrastando l'insegnamento del Dumoulin diceva l'ipoteca indivisibile per natura sua (1). La stipulazione con cui si volesse rendere divisibile fra i diversi condebitori, o fra gli eredi del debitore unico, la obbligazione contemplata nell'art. 1202, sarebbe impossibile e per ciò di niuno effetto; mentre invece è perfettamente possibile e giuridica la stipulazione che deroga al principio della indivisibilità della ipoteca (2).

---

(1) Ci riferiamo a quanto in proposito insegna il TROPLONG, *op.* e *loc. cit.* « Dumoulin a fort bien montré que le droit d'hypothèque n'est pas indivisible de sa nature et qu'il est en lui même susceptible de division comme le sort principal. *Si ergo hypotheca, ejusque luitio, non minus est dividua quam ipsum principale debitum, omni respecto dividuum.* Seulement il ne doit pas être divisé . . . L'hypothèque a quelque chose d'indivisible, mais ce n'est pas une indivisibilité parfaite et naturelle. Ce n'est qu'une indivisibilité relative et impropre. *Fateor tamen quod pignus non potest dividi invito creditore; individuitatem quamdam habet, non simplicem, sed se undum quid, nec veram et propriam, quippe cui non competat individui definitio, sed impropriam.* Ainsi parle Dumoulin ». Abbiamo ravvicinato due brani, fra loro distanti, del citato scrittore, e abbiamo deliberatamente omesso il brano intermedio, sopprimendo nell'ultimo la particella « *donc* » che al brano intermedio si riferisce, perchè ci sembra una sottigliezza argomentare, come si fa nel brano stesso, la indivisibilità della ipoteca dalla nota L. 56 D. *De cond. et demonstrat.* (*Cui fundus legatus est, si decem dederit, partem fundi consequi non potest, nisi totam pecuniam numerasset*): la ipoteca infatti non è una condizione, nè condizionale può dirsi il credito ipotecario, come è condizionale il legato di cui parla Giavoleno nella legge citata.

(2) Su ciò sono concordi tutti quanti gli scrittori, nè occorre fermarsi a dimostrarlo. Osserviamo piuttosto come la divisione della ipoteca, non ostante il principio della indivisibilità, sia costantemente praticata, non solo dai privati, ma dagli stessi istituti di credito fondiario; i quali, per facilitare ai mu-

21. La deroga può avvenire, a ipoteca costituita ed iscritta, per concessione del creditore, come se egli, ricevendo un pagamento parziale, consentisse una parziale cancellazione della ipoteca e liberasse così una parte degl'immobili ipotecati in suo favore, o se, potendo agire contro il possessore di uno degl'immobili ipotecati per l'intero credito, si contentasse di esigere dal medesimo la sua parte di debito; ma può anche formare oggetto di speciale obbligazione preventivamente assunta. Può darsi infatti che il creditore, mutuando una somma, si obblighi a restringere l'ipoteca sui beni vincolati, a misura che il debito andrà scemando, e in proporzione dei pagamenti parziali fatti dal debitore; o che si dichiari che il credito, quantunque unico e complessivo, si debba considerare come garantito in una data misura sui singoli beni ipotecati, in modo che, passando questi beni negli eredi del debitore o in mani terze, ogni corpo di essi risponda della parte di debito che specialmente fu destinato a garantire.

Tali stipulazioni non hanno in sè nulla di illecito e potrebbe, reclamarsene giudicialmente l'adempimento, tanto in via di azione quanto in via di eccezione (1).

---

tuatari le restituzioni, sogliono concedere le restrizioni parziali contro proporzionata riduzione del debito originario, sebbene la legge non dia diritto che a una riduzione proporzionale della somma ipotecariamente iscritta quando è estinto almeno un quinto del debito originario (Legge 22 febbraio 1885, n. 2922, serie 3ª, art. 8).

(1) Il LAURENT (*op. cit.*, XXX, 179) afferma che a torto la riduzione della ipoteca quanto ai beni ipotecati, viene considerata come una eccezione alla indivisibilità. Ma si limita ad affermarlo, non lo dimostra: « Mais on a tort de considérer cette reduction de l'hypothèque comme une exception à l'indivisibilité. L'hypothèque, ainsi réduite ou éteinte partiellement, restera indivisible comme l'était l'hypothèque primitive; le principe de l'indivisibilité est seulement modifié en ce sens, que l'hypothèque s'éteindra partiellement, tandis que, de droit commun, elle s'éteicnt pour le tout par le payement de toute la dette ». Ma che cosa è, di grazia, la modificazione del principio, che porta la parziale estinzione della ipoteca, se non una deroga, una eccezione al principio stesso?

Dal momento che la indivisibilità della ipoteca è stabilita in vantaggio del creditore, egli può rinunziarvi; si tratta di un interesse privato e la legge sarebbe illogica e rasenterebbe l'assurdo, se spingesse la tutela di un interesse di questa natura sino al punto di togliere efficacia a stipulazioni che si volessero, in questo senso, liberamente consentire. Se il creditore può rinunziare all'ipoteca, e su ciò non cade dubbio (art. 2029 n. 3 Cod. civ.), può anco ridurla ad una parte soltanto dei beni indicati nella iscrizione, od esercitare l'azione relativa sopra una parte dei beni stessi riservandosi l'ipoteca sul rimanente. Anzi, per ciò che concerne certe ipoteche iscritte in virtù di legge o di sentenza, senza che siano state consentite dal debitore, la riduzione può essere da lui domandata in contradittorio del creditore, se i beni compresi nella iscrizione hanno un valore eccedente la cautela da somministrarsi (art. 2026 Cód. civ.); è anco questa una eccezione al principio della indivisibilità della ipoteca, eccezione importante di cui sarà tenuto parola a suo luogo, commentando le disposizioni della Sezione VII, che tratta appunto della riduzione delle ipoteche.

22. Prescindendo per adesso dalle eccezioni stabilite dalla legge al principio della indivisibilità, e abbandonando alla pratica quelle che possono esservi arrecate, caso per caso, dalla volontà del creditore, nel cui vantaggio il principio stesso è stabilito, scendiamo adesso ad esporre gli effetti del principio stesso.

Questi effetti vogliono essere studiati in ordine ai beni ipotecati e in ordine al credito garantito ipotecariamente.

Dal primo punto di vista si può dire, che se una parte del debito è pagata, l'ipoteca sussiste per intero su quanto rimane dovuto, come se nulla fosse stato pagato; e che, se diversi immo-

---

L'ipoteca resta indivisibile su ciò che continua a formarne oggetto; ma ciò non esclude che, accordando la parziale cancellazione, il creditore abbia derogato al principio della indivisibilità stabilito dalla legge nel suo vantaggio.

bili furono ipotecati, tutti sono vincolati al pagamento dell' intero debito, o di ogni parte di esso, come se fosse ipotecato un immobile solo (1).

Dal secondo punto di vista si osserva anzi tutto che l' indivisibilità dell' ipoteca ha luogo tanto attivamente quanto passivamente; se pertanto l'obbligazione si divide, per successione o per stipulazione congiunta, fra più creditori o fra più debitori, l' intera azione ipotecaria resta ferma a garantire l' intera obbligazione od ogni quota parte di essa.

Se il creditore lascia più eredi, ognuno, rispetto alla sua quota, conserva intero il diritto sull' immobile ipotecato, e il pagamento di una porzione del credito non induce mai diminuzione dell' ipoteca, *propter indivisam pignoris causam;* se viceversa è il debitore che lascia più eredi, quello fra essi che ha pagato la sua parte del debito, non può ottenere la liberazione della sua parte di beni; e se i beni ipotecati sono assegnati a lui per intero; è tenuto ipotecariamente per l' intero debito, salva la sua azione di regresso per ottenere rimborso dai suoi coeredi della parte da lui non dovuta (2).

Tutto ciò, che è chiaramente specificato riguardo al pegno, dichiarato pur esso indivisibile dalla legge (3), resulta dal principio generale dell' art. 1029 Cod. civ.: « Gli eredi sono tenuti ai debiti e pesi ereditari in proporzione della loro quota, ed ipotecariamente per l' intero, salvo il loro regresso, se vi ha luogo,

---

(1) Pochintesta, *op.* e *loc. cit.*

(2) Cannada-Bartoli, *op. cit.*, II, 28; Melucci, *op.* e *loc. cit.*

(3) Art. 1889 Cod. civ.: « Il pegno è indivisibile, non ostante la divisibilità di ciò che è dovuto, tra gli eredi del debitore o fra quelli del creditore.— L'erede del debitore che ha pagato la sua parte del debito, non può domandare la restituzione della sua parte del pegno sino a che non sia interamente soddisfatto il debito.— Vicendevolmente l'erede del creditore che ha esatta la sua parte del credito, non può restituire il pegno in pregiudizio dei suoi coeredi non ancora soddisfatti ».

contro i coeredi, in ragione della parte per cui essi debbono contribuire » (1).

23. Anco il pegno è dalla legge dichiarato indivisibile, non tanto nei rapporti degli eredi del creditore o del debitore, quanto nei rapporti diretti ed originari di un creditore unico contro un unico debitore: « Il debitore non può pretendere la restituzione del pegno, se non dopo di avere interamente pagato il capitale, gl' interessi e le spese del debito, per la sicurezza del quale è stato dato il pegno » (art. 1888 Cod. civ.).

Ma nel pegno il legislatore va anco più oltre e non si contenta di dichiararne la indivisibilità a somiglianza di quanto ordinava l' imperatore Gordiano (2), e disponeva il Codice civile francese (3), accorda al creditore il principale fra gli effetti del diritto di pegno, cioè l'*jus retentionis*, anche quando il debito garantito con pegno è interamente estinto, se il medesimo debitore avesse contratto un altro debito con lo stesso creditore posteriormente alla tradizione del pegno e tale debito fosse divenuto esigibile innanzi che si facesse luogo al pagamento del primo debito. In forza di questo speciale diritto di ritenzione, il creditore non può essere costretto a rilasciare il pegno prima che venga interamente soddisfatto per ambedue i crediti, ancorchè non siasi stipulato di vincolare il pegno al pagamento del secondo debito (art. 1888 capov. Codice civile).

Una simile estensione del diritto d'ipoteca non è neppur concepibile. Prescindendo infatti dal considerare che manca riguardo a questa una disposizione analoga a quella del capoverso dell'articolo 1888 Cod., il principio della specialità dell'ipoteca e il modo di funzionare di questo istituto giuridico, impediscono che quella

(1) Quanto alla indivisibilità del privilegio confr. il nostro *Trattato dei privilegi*, n. 82.

(2) L. unica C. *Etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri.*

(3) Art. 2082.

costituita per guarentigia di un dato debito serva a garantire un debito successivo, sebbene esigibile innanzi che si faccia luogo al pagamento del primo.

Ciò si argomenta anzi tutto dal principio della specialità, perchè la ipoteca non può sussistere se non per somma determinata (art. 1965 Cod. civ.). e deve per questa somma essere iscritta (articolo 1987 n. 4 Cod. civ.); ma si argomenta ancora dal modo in cui la ipoteca funziona, imperocchè essa non attribuisce al creditore nè il possesso nè il diritto di ritenzione e gli dà soltanto il diritto di perseguitare la cosa e di farla vendere, per ottenere pagamento con prelazione di ciò che gli è dovuto.

Estinta l'obbligazione in tutto o in parte, è estinta in tutto o in parte anche l'ipoteca; nè si potrebbe pretendere di mantenerla ancora, o di farla rivivere, per sicurezza di una obbligazione sorta posteriormente.

Ciò sarà meglio chiarito parlando della estinzione della ipoteca, ma abbiamo voluto accennarlo fin d'ora, per porre in guardia contro alcuni non felici tentativi, fatti dalla nostra giurisprudenza, nel senso di estendere l'ipoteca iscritta a garanzia di una determinata cambiale, a garantirne le successive rinnovazioni (1).

Certamente si possono garantire ipotecariamente, non soltanto determinate cambiali. ma ancora i rinnuovi che di esse saranno accordati fino alla estinzione; ma se nel titolo costitutivo e nella

(1) Venezia, 6 agosto 1885, *Giur. it.*, 1885, II, 700; Casale, 25 luglio 1887, *Giur. Cas.*, VII, 304. Ci sembra invece perfettamente giuridica e concordante, sebbene emessa a scopo diverso, con quanto affermiamo nel testo, la sentenza della Cass. di Torino del 15 aprile 1891 (*Foro ital.*, 1891, I, 930) di cui diamo la massima: « La efficacia e la conprensione dell'ipoteca si determinano, di fronte ai terzi, dall'iscrizione e non dal titolo. Quindi se nella iscrizione della ipoteca, concessa a garanzia di una cambiale, è dichiarato espressamente che essa garantisce una sola rinnovazione della cambiale stessa, non può estendersene la efficacia ad altre rinnovazioni sebbene nel titolo l'ipoteca sia stata accordata per rinnovazioni senza limite ».

iscrizione non si è adoperata questa formula, e si è parlato unicamente delle cambiali emesse, o prossime ad emettersi, al momento in cui la ipoteca fu costituita, aventi una determinata scadenza, peccherebbe d'imprudenza massima quel creditore che accordando il rinnuovo si ritenesse pienamente garantito dalla ipoteca iscritta per sicurezza del titolo ormai estinto.

Sebbene la giurisprudenza propenda nel senso di ritenere che il rinnuovo del titolo cambiario non porti novazione, perchè strettamente connessa, crediamo che la questione da noi proposta debba essere risoluta nel modo suenunciato, e abbiamo voluto far cenno di questa soluzione con la osservazione fatta sopra intorno all'inapplicabilità del principio stabilito nel capoverso dell'art. 1888.

Una eccezione consente la legge nostra; potendosi validamente garantire con ipoteca un credito futuro (art. 2007 Cod. civ.), e così ancora un credito derivante da conto corrente, i parziali rimborsi che il debitore effettuasse mentre il conto è aperto, non varrebbero a togliere efficacia alla ipoteca, la quale, in questo caso, non guarentisce le singole somministrazioni, ma bensì il resultato finale del conto. La eccezione deriva dalla natura speciale del contratto di conto corrente, che dura finchè dura l'apertura di credito, ancorchè in un dato momento il debitore abbia temporaneamente estinto il suo debito e l'abbia di poi riacceso in forza della stessa convenzione (1).

24. Tutti gli scrittori si accordano nel dire che la indivisibilità della ipoteca non trae seco la indivisibilità della obbligazione; confondere l'una con l'altra è grave errore, ed errore egualmente grave è il ritenere che la indivisibilità della ipoteca porti seco la solidarietà della obbligazione (2). L'erede del creditore, non

---

(1) Cass. Firenze, 23 marzo 1880, *Legge*, XXV, I, 821; Cass. Napoli, 14 luglio, *Movim. giur.*, 1893, 468.

(2) In questo errore ci sembra sia incorsa la Corte d'appello di Macerata in una sentenza del 26 novembre 1891 che è inserita negli *Annali di giurispr. it.*, XXVI, 3, 9. Ne sarà parlato più oltre in questo stesso numero.

ostante la indivisibilità della ipoteca, non può pretendere che la sua parte del credito, come l'erede del debitore può liberarsi della obbligazione personale pagando la sua parte del debito; queste cose non avverrebbero se la obbligazione dovesse ritenersi indivisibile o solidale (1) Si può pretendere l' intero da quello degli eredi del debitore che possiede per intero i beni ipotecati (2), ma non per questo può dirsi indivisibile la obbligazione; e tanto meno può dirsi solidale, perchè la indivisibilità è per la cosa, non per le persone (3). Il diritto di regresso accordato a colui che ha dovuto pagare più della sua quota, o anche l'intero debito, per liberare i fondi ipotecati da lui posseduti, o ha dovuto rilasciarli per un valore eccedente la sua quota di debito, non è il regresso di cui parlano gli art. 1208, 1199 Cod. civ.; è un'azione speciale, nascente dall'art. 1029 dello stesso Codice, in virtù della quale si evita all'uno il danno di pagare per l'altro (4) per modo che chi è tenuto al rimborso rimane obbligato in virtù del vantaggio risentito (5).

Tutto ciò ha importanza speciale agli effetti della interruzione della prescrizione. Infatti l'art. 2130 Cod. civ. dopo aver posto il principio che gli atti interruttivi, intimati ad uno dei debitori in solido, interrompono la prescrizione contro gli altri ed anche contro i loro eredi, e aver soggiunto che lo stesso effetto si verifica se per parte di uno dei coobligati in solido ha luogo la ricognizione del diritto del creditore, così continua: « Gli atti stessi, intimati ad uno degli eredi del debitore in solido, o la ricognizione del diritto fatta da questo erede, non interrompono la prescrizione

(1) Cass. Palermo, 8 novembre 1891, *Foro ital.*, 1892, I, 888. MELUCCI, *op. cit.*, I, 5.

(2) Cass. Napoli, 10 luglio 1888, *Gazz. Procur.*, XXII, 472.

(3) Venezia, 23 marzo 1892, *Temi ven.*, 1892, 279.

(4) Trani, 28 luglio 1894, *Giurispr. ital.*, 1894, 695.

(5) Cit. dec. di Venezia, 23 marzo 1894, *Temi ven.*, 1892, 279.

riguardo agli altri coeredi, *quantunque il credito fosse ipotecario,* se la obbligazione non è indivisibile ».

La solidarietà dunque fra più debitori, e la indivisibilità della obbligazione anco fra più eredi del debitore, hanno l'effetto di rendere comune a tutti la interruzione della prescrizione operata riguardo ad un solo, o posta in essere da un solo con la recognizione del diritto; ma fra più eredi del debitore, legati soltanto dalla indivisibilità del vincolo ipotecario, o fra più possessori di beni colpiti dalla stessa ipoteca, non hanno luogo così esorbitanti effetti, perchè tale indivisibilità è puramente oggettiva non soggettiva; vincola le cose non le persone; e sulle cose, non sulle persone, spiega i suoi effetti.

Disconobbe, a parer nostro, questa distinzione una sentenza della Corte d'appello di Macerata, citata più sopra, la quale confuse la indivisibilità della ipoteca, che lega i terzi possessori degli immobili ipotecati per l'intero debito, a concorrenza del valore dei beni posseduti da ciascuno, con la solidarietà passiva che vincola personalmente per l'intero debito tutti quanti i condebitori. « Dunque di regola, disse la Corte, quantunque i diversi fondi gravati siano tante unità fisiche, distinte le une dalle altre, pur tuttavia l'ipoteca, come garanzia ed accessorio del debito principale è una unità giuridica indivisibile, che non perde questo carattere quando i diversi fondi ipotecati siano passati dal debitore nelle mani di terzi possessori, i quali, essendo obbligati congiuntamente, sono tenuti ciascuno per la totalità a prestare l'importo della garanzia reale che è il credito garantito (art. 1206). È per questo che la ipoteca è inerente ai beni e li segue presso qualunque possessore e che il creditore ha diritto di promuovere l'azione ipotecaria contro qualunque di essi e di costringerlo a pagare l'intero debito, qualora questi non preferisca di rilasciare l'immobile (art. 2013). Quindi se l'obbligazione in solido non acquista il carattere d'indivisibilità (art. 1203), l'indivisibilità al contrario racchiude in sè, *per necesse*, la solidarietà, per cui bene può dirsi che i diversi terzi possessori,

rispetto al creditore ipotecario siano obbligati a prestare in solido l'importo della garanzia, rappresentata dalla totalità del credito, sino a concorrenza del valore censito dei rispettivi fondi ipotecati. In una parola in questo caso la solidarietà tra obbligati è il corollario della indivisibilità legale della garanzia, purchè i fondi sui quali è costituita siano più, e sia perciò di sua natura fisicamente divisibile. Da queste premesse deriva a filo di logica la conseguenza che, estinto il debito dei Benazzi in favore degli eredi Vitali, è estinto altresì in favore degli altri terzi possessori, e di conformità è estinta per tutti l'ipoteca che ne forma l'accessorio per l'art. 1193 in virtù del quale il debitore in solido convenuto dal creditore può opporre tutte le eccezioni che gli sono personali, ed anco quelle che sono comuni agli altri debitori, e per ciò la prescrizione opposta dall'uno opera in favore degli altri ». Confessa la Corte che questa opinione non può sostenersi con un testo preciso di legge, ma crede che la si possa sostenere « applicando le disposizioni che regolano casi simili e materie analoghe giusta l'articolo 3 delle disposizioni preliminari del Codice civile » (1).

Non crediamo di andare errati affermando che in questa sentenza si è attribuita alla indivisibilità della ipoteca una efficacia che non è conforme alla sua natura e si è confusa con la indivisibilità della obbligazione. Non vi è criterio più fallace del criterio di analogia, e del resto il caso di più possessori di beni ipotecati a garanzia dello stesso credito, non è simile nè analogo a quello di più condebitori solidali, o di più coobbligati alla prestazione di una cosa o di un fatto non suscettivo di divisione o pure considerato come tale dalle parti contraenti. Del resto non è conforme al vero che manchi un testo di legge che possa applicarsi al caso: gli art. 1029 e 2130 risolvono la questione e la risolvono in modo diametralmente opposto a quello adottato dalla Corte. Dire

(1) Sentenza citata del 26 novembre 1891, *Annali di giurispr. ital.*, XXVI, III, 12, 13.

che tutti i terzi possessori dei diversi immobili ipotecati sono obbligati a prestare in solido l'intero importo della garanzia, è un disconoscere i veri caratteri della indivisibilità; l'azione ipotecaria, per quanto indivisibile, trova un limite nel valore della quota dei beni ipotecati posseduta da ciascuno, perchè ognuno è tenuto ipotecariamente, ma non personalmente, alla estinzione del debito.

25. Dicendo la legge che la ipoteca sussiste per intero sopra tutti i beni vincolati, sopra ciascuno di essi e sopra ogni loro parte, se ne argomenta che quando un credito è garantito sopra più fondi, il creditore può agire coll' azione ipotecaria sopra tutti come se fossero un fondo solo, imperocchè il vincolo ipotecario ne forma una unità; se ne argomenta ancora che può egualmente agire sopra uno solo di essi a sua scelta, ove lo reputi sufficiente al soddisfacimento della intera obbligazione (1).

Però la volontà del creditore non è pienamente libera nello esercizio dell' azione ipotecaria, in quanto può venire modificata dall' interesse degli altri creditori; è per ciò che la legge dispone che il primo creditore che ha trascritto il precetto, può essere costretto ad estendere la espropriazione da un secondo creditore che avendolo trascritto alla sua volta ha colpito una quantità maggiore di beni (art. 661 capov. Cod. proc. civ.); ed è pure per ciò che il creditore avente ipoteca sopra vari immobili non può sotto pena dei danni rinunziare alla sua ipoteca sopra uno di questi, nè astenersi volontariamente dal proporre la sua istanza nel giudizio di graduazione all' intento di favorire un creditore a danno di un altro anteriormente iscritto (art. 2087 Cod. civ.); a questo stesso principio dell' interesse dei creditori si connette l' importante argomento della surroga ipotecaria per evizione, che gli scrittori francesi, in mancanza di una testuale disposizione di legge, trattano parlando della indivisibilità (2): essa che ha nel Codice civile

---

(1) PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 104, p. 213.

(2) Ammettono la surroga: TARRIBLE, *Rep. de Merlin*, v. *Transcript.*, § 6; BATTUR, *Priv. et hyp.*, I, 139; DURANTON, *op. cit.*, XIX, 390. La escludono:

italiano un apposito testo di legge nell' articolo 2011, per il quale il creditore avente ipoteca sopra uno o più immobili, che si trovi perdente per essersi sul prezzo dei medesimi soddisfatto un creditore anteriore, la cui ipoteca si estendeva ad altri beni, s' intende surrogato nella ipoteca che apparteneva al creditore soddisfatto (1).

Ma dal fatto che la legge non si accontenta di dire che la ipoteca sussiste per intero sopra tutti gl' immobili vincolati e sopra ciascuno di essi, ma soggiunge ancora che sussiste « *sopra ogni loro parte* », potrà argomentarsi che il creditore sia autorizzato, in virtù del principio della indivisibilità della ipoteca, ad esercitare l' azione ipotecaria sopra una parte indivisa dell' immobile ipotecato?

Non si allude qui al caso contemplato dall' art. 2077 Cod. civ., che riguarda le parti indivise come spettanti a più condomini che non siano tutti debitori di colui che vuole esercitare l'azione ipotecaria (2); si allude al caso ben diverso in cui un creditore avente ipoteca sopra un immobile spettante ad un debitore unico, volesse restringere la sua azione ipotecaria ad una parte di esso, per esempio alla metà o al quarto, oppure a una porzione determinata, come il primo piano dello stabile ipotecato per intero, o ad alcuni campi del podere gravato interamente dal vincolo ipotecario (3).

GRENIER, *op. cit.*, I, 179; DELVINCOURT, *op. cit.*, III, p. 163, not. 9; TROPLONG, *op. cit.*, III, 758; DALLOZ, *Rép. gen.* v. *Hypothèque*, n. 15; PONT, *op. cit.*, X, 339; LAURENT, *op. cit.*, XXX, 185; AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 284 testo e nota 25.

(1) Non potremmo, senza alterare l'ordine logico della materia, commentare in questa sede la importantissima disposizione dell'art. 2011 Cod. civ. Lo faremo parlando degli effetti della ipoteca.

(2) Art. 2077 Cod. civ.: « La subastazione non può esser fatta, per la parte indivisa di un immobile, ad istanza di chi non è creditore di tutti i comproprietari, prima della divisione ».

(3) Il progetto di Codice civile per l'impero germanico vieta persino che

Gli scrittori che hanno accennato a sì fatta questione la risolvono negativamente.

Il creditore non può esercitare la sua azione ipotecaria in modo da frazionare il fondo ipotecato. Osta anzitutto la presunta volontà del proprietario, perchè l'unità attribuita ad un immobile, fabbricato o terreno che sia, rientra nella facoltà di disporre, ed è data dal proprietario, che solo può romperla (1); può ostare in secondo luogo la volontà degli altri creditori, ipotecari o chirografari che siano, perchè la divisione del fondo, in parti intellettuali o materiali, è sempre cagione di deprezzamento e diminuisce per conseguenza la comune garanzia.

Neppure l'accordo del creditore e del debitore sarebbe per conseguenza bastante a legittimare questa inusitata ma pure possibile limitazione dell'azione ipotecaria; la opposizione di qualunque creditore, la trascrizione di un precetto sull'intero immobile susseguita dalla intimazione di cui all'art. 661 del Cod. di proc. civ., basterebbero a rompere siffatto accordo ed a renderlo inefficace.

Non deve credersi per ciò che le parole « sopra ogni loro parte » non abbiano senso: esse sono operative di effetto quando il frazionamento dell'immobile ipotecato avviene per volontà e per fatto del proprietario che ne aliena una parte, o trasmette le diverse parti ad acquirenti diversi; ogni parte dell'immobile resta vincolata, in tali casi, al soddisfacimento dell'intero debito, se bene non si abbiano nè la solidarietà nè la indivisibilità del debito garantito, siccome fu già dimostrato superiormente.

26. Dal principio che la indivisibilità della ipoteca ha di mira

---

una parte indivisa si possa sottoporre ad ipoteca, salvo il caso della comproprietà. § 1063: *Ein Bruchteil des nicht in Miteigentum stehenden Grundstückes, sowie ein Bruchteil des Anteils eines Miteigentümers, kann nicht mit einer Hypothek belastet werden* ». Esamineremo la questione più oltre parlando dei beni suscettivi d'ipoteca.

(1) PACIFICI-MAZZONI, *op.* e *loc. cit.*; CANNADA-BARTOLI, *op. cit.*, II, 27.

la utilità del creditore e la efficace assicurazione del credito (V. sopra n. 20) il Laurent, prendendo occasione da una sentenza della Corte di cassazione francese (1), argomenta che il debitore non potrebbe prevalersene contro la volontà del creditore. Accettiamo pienamente questa opinione e l'applicazione che ne fa l' illustre scrittore: « Le débiteur consent a l' indivisibilité dans l' intérêt du créancier; il ne peut donc invoquer contre le créancier une garantie qu'il lui a accordée. Si le créancier meurt laissant plusieurs héritiers, la créance se divise de plein droit entre eux: chacun peut demander sa part dans la créance; il en resulte que l'hypothèque subsistera en entier malgré ce payement partiel. Cela n'autorise pas le débiteur à exiger que les divers héritiers s'entendent pour recevoir le payement integral de la créance, et à lui donner mainlevée de l'inscription hypothècaire. La cour de cassation l'a jugé ainsi et la question n'est pas douteuse. Le débiteur n'a pas même le droit de se plaindre des ces actions divisées car, de son côté, il a le droit de payer à chacun des héritiers sa partie de la dette; il tient donc à lui de se libérer à l'égard de tous et d'obtenir la mainlevée de l' inscription ».

Così per esempio, se il creditore avente ipoteca sopra diversi immobili limitasse la sua azione ipotecaria sopra alcuni, lasciando fuori gli altri, il debitore non potrebbe costringerlo ad estendere a tutti la espropriazione: questo diritto di costringere il creditore istante ad estendere l' esecuzione immobiliare, dato al creditore avente ipoteca più estesa dall'art. 661 del Cod. di proc. civ., non spetta al debitore perchè il principio della indivisibilità della ipoteca non è dalla legge stabilito nel suo particolare vantaggio.

Quest'ultima affermazione nostra non contradice a quanto più sopra si affermava riguardo alla impossibilità giuridica di frazionare con l'azione ipotecaria l'unità dei vari fondi ipotecati espropriandone una porzione soltanto, sia materiale sia intellettuale.

---

(1) Cass. fr., 9 novembre, 1847, DALLOZ *Period.*, 1848, I, 49; LAURENT, *op. cit.*, XXX, 178.

Sì fatto frazionamento, rientra nella facoltà di disporre, che non è data al creditore ipotecario, perchè non rispondente allo scopo ultimo del suo diritto che è l'assicurazione del credito mediante il diritto reale d'ipoteca.

SEZIONE II

PUBBLICITÀ E SPECIALITÀ DELLA IPOTECA.

SOMMARIO

27. Cenni sulla pubblicità delle contrattazioni concernenti gl'immobili in generale — 28. Leggi ipotecarie francesi 9 messidoro anno III, 11 brumaio anno VII — 29. Regime ipotecario del Codice civile francese. Suoi difetti — 30. Riforme ulteriori e recenti studi compiuti in Francia intorno al regime ipotecario — 31. La pubblicità e la specialità della ipoteca nel diritto civile italiano — 32. Osservazioni speciali sulla ipoteca dell'alienante — 33. Della pubblicità in particolare. Rinvio — 34. Della specialità in particolare. Rinvio — 35. La pubblicità e specialità della ipoteca sono stabilite nell'interesse dei terzi. Conseguenza di tale principio — 36. Applicazioni.

27. La pubblicità dei rapporti giuridici concernenti la proprietà immobiliare, diretta a rendere sicure ed irrevocabili le relative contrattazioni ed a fare di questa proprietà uno strumento di credito, ha subìto vicende storiche a tutti note, che qui sarebbe superfluo il riandare (1). Per lo scopo di questo lavoro, esclusivamente pratico e diretto a commentare il diritto positivo vigente in Italia, basti accennare come la pubblicità delle contrattazioni concernenti gl'immobili, ammessa come principio inconcusso e fondamentale da tutti i popoli di razza germanica (2), ha

---

(1) Carabelli, *op. cit.*, Introduzione; Troplong, *op. cit.*, Préface; Luzzati, *Della trascrizione*, dànno cenni abbastanza sviluppati della evoluzione storica del principio della pubblicità delle modificazioni e dei trasferimenti della proprietà immobiliare.

(2) Lehr, *Droit germanique*, 59 e seg. La tradizione (*Salung*) accompagnata con forme simboliche, posta in essere solennemente davanti le autorità locali,

dato occasione invece a una lotta secolare, non per anco terminata, presso le razze latine, le quali, dominate dalla contraria tradizione romana, hanno tardato molto a convincersi della imprescindibile necessità di non dare in questa materia al mero consenso delle parti contraenti una importanza che non può avere, se non si vuole gravemente manomesso e posto in non cale il diritto dei terzi (1).

---

era presso i popoli germanici condizione essenziale per la trasmissione della proprietà fondiaria fino dai tempi più remoti della loro incipiente civiltà (KRAUT, *Privatrecht*, § 110; GRIMM, *Altertümer*, IV, p. 109 e seg.). La usucapione non era ammessa, non potendo aversi tacita trasmissione della proprietà. La legge salica prescrisse che tutte le transazioni relative ai beni immobili dovessero praticarsi innanzi al magistrato ed essere dal medesimo registrate nei suoi atti (EINECCIO, *Elem. jur. germ.*, lib. II, t. III, § 73). Anco l'assicurazione del credito sopra la proprietà immobiliare si operava davanti al giudice mediante una effettiva immissione del creditore nel possesso dei beni del debitore (*Gerichtliche Salung*) che rassomigliava, più tosto che all'ipoteca, alla *anticresi*, e si trasformava in proprietà piena per il mancato pagamento del credito (*Eigengewährung*). Ben presto si comprese però come per garantire il creditore non facesse mestieri immetterlo immediatamente in possesso del patrimonio del debitore. Si comprese che un diritto reale costituito davanti il magistrato con le forme necessarie per dargli pubblicità, poteva produrre lo stesso effetto, purchè il creditore non soddisfatto avesse il diritto di escutere l'immobile dato in garanzia e di ottenere la vendita. La iscrizione sui libri fondiari (*Grundbücher*) raggiunse pienamente questo effetto. Il contratto che precedeva l'iscrizione non era costitutivo del diritto reale, ma di un semplice diritto personale tendente a costringere il debitore ad operarla: il diritto reale derivava soltanto dalla iscrizione presa *causâ cognita* dal funzionario incaricato di tenere i registri (*Grundbuchrichter*, *Grundbuchbeamter*) operativa di effetto tanto fra le parti quanto di fronte ai terzi. I libri fondiari permisero la completa attuazione del così detto *sistema tavolare*, in virtù del quale ogni fondo ha nel registro fondiario un apposito foglio in più colonne, ove sono registrati tutti i trasferimenti, tanto per atto tra vivi quanto per causa di morte, e tutte le modificazioni (*jura in re aliena*) che subisce il diritto di proprietà.

(1) Sebbene in Grecia, come ne attesta Plutarco nella vita di Solone, si fosse compresa la necessità di render pubblica l'ipoteca mediante segni mate-

Il principio che la proprietà e gli altri diritti sulle cose si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso legittimamente manifestato (art. 1125 Cod. civ.), ispirato dal legislatore francese (1), ha dato luogo all'istituto della trascrizione, che rappresenta una imperfetta transazione fra l'antico e il moderno diritto, in quanto ammette che i contratti concernenti gl' immobili siano perfetti fra le parti per effetto del consenso, ma non abbiano effetto di fronte ai terzi se non quando siano resi pubblici mediante la introdotta formalità. L'esagerata importanza attribuita alla facoltà di disporre che il proprietario ha sulla cosa sua, ha mantenuto lungamente, per ciò che concerne la ipoteca, il pericoloso sistema della clandestinità; e mentre in Germania soltanto la iscrizione nei libri fondiari dava esistenza giuridica al relativo diritto, in Francia e in Italia i sapienti tentativi, a più ripresa fatti, per abolire le ipoteche clandestine, restavano completamente infruttuosi (2), con grave danno sociale. La clandestinità della ipoteca esponeva i contraenti alle più spiacevoli sorprese, producendo una perpetua incertezza nei rapporti concernenti la proprietà immobiliare. Chi comprava un fondo non era mai al sicuro dalle ipoteche costituite dai proprietari precedenti; chi acquistava la ipoteca su

---

riali apposti sugli stessi edifizi o fondi gravati, questa necessità sfuggì completamente al vigile occhio dei romani giureconsulti, i quali furono felicissimi nel determinare la natura giuridica del diritto d'ipoteca, ma trascurarono completamente la sua funzione economica. V. su ciò CARABELLI (*op.* e *loc. cit.*) che ha una completa trattazione dell'importante argomento.

(1) Cod. franc. art. 1138; Cod. alb. art. 1229; Cod. napolet. art. 1092; Cod. parm. art. 1111; Cod est. art. 1118.

(2) Il CARABELLI, enumera con molta accuratezza questi tentativi: di Enrico III, che volle esteso a tutta la Francia il sistema feudale (1581), ma nonvi riuscì; di Colbert, che inutilmente prescrisse la iscrizione di tutte le ipoteche escluse quelle delle mogli e dei minori (1673), imperocchè l'Editto famoso di quell'anno fu revocato l'anno successivo per le brighe dei parlamenti e dei nobili « *cui l'occultezza della ipoteca procacciava l'impunità del discredito* » (*Introd.*, n. XVI).

di un fondo aveva sempre il timore che non fosse la prima. La buona fede era esposta a frodi continue, gli stellionati aprivano l'adito a interminabili liti. La terra, che è il più solido fondamento del credito, non poteva servire al suo scopo, ed il credito fondiario, che pur costituisce una delle più valide fonti della generale prosperità, non poteva svolgersi per l'assoluta mancanza di pubblicità bene ordinata delle contrattazioni immobiliari.

All' officio economico che la ipoteca era chiamata a prestare nuoceva non tanto la clandestinità quanto la generalità di essa; imperocchè le ipoteche legali e giudiziali non investivano determinati beni, ma tutti quanti i beni posseduti dal debitore; e le ipoteche convenzionali, potendo costituirsi su tutti quanti i suoi beni, senza speciale descrizione, e non soltanto sui beni presenti, ma anco sui beni futuri, si aveva un esagerato vincolo della proprietà fondiaria, sempre non efficace, appunto per la sua esagerazione, spesso eccessivo e non proporzionato al bisogno.

A eliminare questi gravi inconvenienti, a rendere l'ipoteca efficace strumento di credito, provvidero le leggi ipotecarie francesi del 9 messidoro anno III e 11 brumaio anno VII ordinando la trascrizione delle contrattazioni concernenti gl' immobili e proclamando i grandi principii della pubblicità e della specialità della ipoteca.

28. È contrastato se quelle leggi, e specialmente la prima con la cedola ipotecaria di cui sopra fu fatto un sufficiente cenno, oltrepassassero la mèta prestabilita, che consisteva nel dare alle contrattazioni concernenti gl' immobili quella stabilità che la loro natura consente: certo vi si accostavano assai, perchè con la trascrizione e con la pubblicità della ipoteca, offrivano i soli temperamenti escogitati fin qui per raggiungere il proposto fine, dal momento che non si voleva nè poteva adottare il sistema tavolare, già in via di attuazione presso molti popoli germanici e reso possibile presso quei popoli dall' antica istituzione dei libri fondiari.

Senza entrare in particolarità che male si adatterebbero con lo scopo e con l'indole di questo lavoro, basti accennare che il principio

della continuità del possesso dal defunto all'erede in materia di trasmissione della proprietà per causa di morte *(le mort saisit le vif)* e l'altro dell' immediato passaggio della proprietà stessa per effetto del nudo consenso in materia di contrattazioni, principii fondati nel diritto francese sopra una tradizione secolare (1), rendevano impossibile di estendere il sistema di pubblicità, fino al punto di far dipendere dalla relativa formalità l' acquisto e la corrispondente perdita dei diritti sulle cose; era soltanto con l'abbandono di quei principii, rispondenti piuttosto a una esagerazione teorica e razionale degli effetti del diritto di proprietà, che ad un pratico modo di essere di questo diritto, che si poteva dare al sistema di pubblicità l' ordinamento più perfetto di cui era suscettibile. Non ostante, le citate leggi della rivoluzione, tenuto conto dei tempi e degli ostacoli derivanti dalla tradizione, segnarono un reale progresso sulla imperfetta legislazione per l' innanzi in vigore. La seconda di esse, del dì 11 brumaio anno VII (2 novembre 1798), abbandonando gli arditi concetti della ipoteca sopra sè medesimo e della girabilità del documento ipotecario, mantenne ciò non ostante il principio fondamentale della trascrizione (2), e mantenne pure il principio che la ipoteca, per essere reale contro chiunque, e per attribuire al creditore il diritto di anteriorità, dovesse apparire da una pubblica iscrizione (3). Consentendo che le ipoteche giudiziali

(1) Si è fatta allusione più sopra all'Editto di Enrico III del 1581 col quale si era tentato di estendere a tutta la Francia il regime ipotecario feudale basato sul *nantissement* che nel suo svolgimento avrebbe condotto al sistema germanico della intavolazione. La tradizione romana, fortissima nei paesi ove vigeva il così detto *diritto scritto,* impedì la tentata estensione; e l'Editto del 1581 dopo soli sette anni fu revocato (CARABELLI, *op.* e *loc. cit.*).

(2) Art. 26: « Gli atti traslativi dei beni e dei diritti suscettibili d'ipoteca devono essere trascritti sui registri della conservazione delle ipoteche, nel di cui circondario sono stabiliti gli stabili, senza di che non potrebbero essere opposti ai terzi che hanno contratto col debitore ».

(3) Art. 2 di detta legge 11 brumaio anno VII. Il testo può riscontrarsi in MERLIN, *Répertoire*, V. *Hypothèques*, sez. 2, § 2.

e certe ipoteche legali potessero investire la generalità dei beni presenti e futuri del debitore, questa legge violava il principio della specialità; ma l'altro della pubblicità, non meno importante, era completamente rispettato (1).

29. La legge ipotecaria dell'anno VII restò per poco tempo in vigore: redatta alla vigilia della caduta della Repubblica, fu assoggettata a profonde e non felici riforme nella compilazione del Codice civile che prese il nome dal primo napoleonide. La grande maggioranza dei compilatori di quel Codice propendeva per il ritorno al sistema romano della clandestinità e della generalità delle ipoteche, ed era in questo secondata da ben ventidue dei trenta tribunali d'appello interpellati in proposito. Non era meraviglia, osserva il Carabelli (2), che di tanto retrocedessero le menti francesi, perchè invano si cerca nelle loro manifestazioni la teorica dei diritti reali, così scolpita nelle leggi germaniche; la pubblicità si dipingeva come un ritorno alla barbarie feudale, come un soverchio diffidare della possidenza; quelli stessi che difendevano la pubblicità, anzichè fondarsi sulla stessa essenza della ipoteca, che per essere diritto reale deve essere raccomandato a segni esteriori, visibili a tutti e facili a constatarsi, si appoggiavano piuttosto agli effetti pratici del principio, in quanto lo dicevano necessario per la sicura ed agevole alienazione dei fondi e quindi per il progresso dell'agricoltura e per la solidità nell'impiego dei capitali.

Ci volle l'autorità del primo console per troncare l'acerba disputa; ed i principii diretti ad assicurare i diritti dei terzi furono teoricamente proclamati. Fu però una vittoria di pura apparenza, perchè quei principii subirono nella loro pratica applicazione sì fatte deroghe, da renderli del tutto inadeguati al bisogno. L'articolo di legge concernente la pubblicità dei trapassi fu soppresso nel progètto, senza che se ne dicesse la ragione; e la

---

(1) Carabelli, *op. cit.*, Introduzione, n. XIX.

(2) *Op. cit.*, Introduzione, XIX.

stessa pubblicità delle ipoteche subì una gravissima offesa, in quanto vi fu derogato espressamente per certe ipoteche legali, e segnatamente per quelle concesse alle mogli ed ai minori sui beni dei mariti e tutori rispettivi, le quali si dichiararono efficaci indipendentemente da qualunque iscrizione, sebbene si cercasse in pari tempo di renderne obbligatoria la iscrizione con temperamenti che per la natura stessa delle cose non potevano riuscire al desiderato scopo di attribuire all' ipoteca il suo vero carattere: si derogava in pari tempo, per ciò che concerneva queste stesse ipoteche, all'altro importante principio della specialità, dichiarandole operative di effetto su tutti i beni tanto presenti che futuri.

Non è nostro compito enumerare minutamente i difetti del Codice francese a questo proposito; basti soggiungere che coll'ammettere una quantità eccessiva di privilegi sugl' immobili e coll'accordare, in vari casi, efficacia retroattiva alla relativa iscrizione, si vulnerava nuovamente e seriamente il principio della pubblicità, che rimaneva scritto nel Codice francese, piuttosto come affermazione teorica, che come elemento fecondo di pratici resultati.

30. Fu successivamente introdotta la formalità della trascrizione (1); ma in ogni resto il sistema ipotecario rimase invariato (2). Ora soltanto, a quasi un secolo di distanza, si studia una riforma generale, inspirata al moderno concetto della ipoteca. Una numerosa commissione, istituita presso il ministero delle finanze con decreto del presidente della repubblica del 30 maggio 1891 con l' incarico di studiare le diverse questioni che presenta il rinnovamento del catasto, tanto dal punto di vista della repartizione

(1) Con legge del 23 marzo 1855.

(2) Sotto la monarchia costituzionale di Luigi Filippo furono discussi vari progetti di riforma che vennero poi durante la repubblica del 1849 riuniti in un solo, conosciuto, dal nome del suo relatore, sotto il titolo di progetto Vatimesnil. Ma la mutazione sopravvenuta negli ordinamenti politici della nazione francese lo fece cadere in dimenticanza.

della imposta fondiaria quanto da quello della determinazione giuridica della proprietà immobiliare e della sua trasmissione, ha posto mano con grande alacrità e con dottrina ammirabile ai suoi importanti lavori, che promettono di riuscire fecondi di utili resultati (1).

Già nella prima seduta della sotto-commissione giuridica, tenuta il 18 giugno 1891, il prof. Worms, della università di Rennes, indicava arditamente il problema, proponendo la iscrizione sui libri fondiari come condizione essenziale dell'acquisto e della trasmissione della proprietà e di ogni altro diritto reale sui beni immobili; e il prof. Dain, della scuola di diritto di Algeri, non esitava a pronunciarsi per una generale riforma del sistema ipotecario, ispirata ai principii della pubblicità e della specialità (2).

Il commissario Challamel, nella successiva seduta del 25 giugno, proferiva le seguenti acutissime osservazioni: « Il me paraît inutile de retracer le tableau des imperfections du régime hypothècaire; je crois que sur ce point votre opinion est faite, et qu' elle est conforme à celle du Gouvernement, qui n' eût certainement pas institué la Commission du cadastre, s'il n' était convaincu que la législation foncière a besoin d'une réforme, et j'ose le dire, d' une réforme radicale. Si notre législation hypothècaire est si imparfaite, c'est qu' elle n'est pas fondée sur assez de publicité. Un professeur éminent, aujourd'hui conseiller à la cour de cassation, M. Accarias, qui a vécu dans l' intimité du droit ro-

(1) *Ministère des finances, Commission extraparlementaire du Cadastre: Procès verbaux, Fascicules* 1 *a* 4 (Paris, Imprimerie nationale, 1891 à 1894). Avremo frequente occasione di ricorrere alle discussioni importantissime della sotto commissione giuridica, che resultò composta dei più eminenti giureconsulti che oggi vanta la nazione francese.

(2) Verbali cit., fasc. I, p. 200: « Une première question domine tous nos travaux. Convient-il de refondre la législation de la propriété foncière et de procéder à une réforme hypothècaire? Devons-nous étendre le système de publicité très incomplet dans la loi actuelle? Faut-il poser comme regle absolue la publicité et la specialité de tous les privilèges et hypothèques? ».

main, et qui a pour lui une sorte de tendresse filiale, dit qu' à Rome le régime hypothècaire ressemble à une horloge bien réglée dont le cadran ne marquerait pas les heures; et cela tient au caractère occulte des hypothèques. Notre Code civil a suivi de trop près la tradition romaine. Et MM. Aubry et Rau, dont vous connaissez l'autorité, en même temps que l'estrème réserve à l'endroit d' une oeuvre qu' ils admirent plus que personne, sont contraints d'avouer qu' en cette matière le Code civil a été la source d'une infinité de procès et de pertes incalculables pour les capitalistes. La nécessité d'une réforme est si évidente, qu'elle s' est imposée déjà à une autre époque et que le législateur lui a donné satisfaction d'une manière assez singulière. En 1852, lorsqu'on a institué le credit foncier, il a été nécessaire, pour lui permettre de fonctionner, de l'autoriser à faire une purge spéciale, destinée à faire apparaître les hypothèques occultes. Pour qui veut bien y réfléchir, cette façon de proceder est la critique la plus amère du Code civil, la condamnation la plus absolue du système des hypothèques ét des privilèges clandestins. Il est evident que si les dispositions du Code civil avaiet été jugées satisfaisantes, le credit foncier n' aurait pas eu besoin de faire appel à une législation particulière. Vous n' hésiterez donc pas à penser, avec le Gouvernement, que les hypothèques légales doivent être rendues publiques et speciales, aussi bien que les hypothèques conventionnelles » (1).

---

(1) In Italia la formazione del nuovo catasto, fu, siccome è noto, ordinata con legge 1° marzo 1886; ma con gravissimo errore si tralasciò di determinare in questa legge quali dovessero essere gli effetti giuridici del catasto, lasciando sì fatto compito a una successiva legge speciale che non è stata poi promulgata. Disputando di questi effetti giuridici del catasto è naturalmente venuta in discussione, anco fra noi, la proposta d' istituire il registro fondiario e la conseguente riforma radicale del sistema attualmente in vigore intorno alla pubblicità delle contrattazioni concernenti gl' immobili; ma le vicende finanziarie che ritardano, se pur non impediscono, la formazione del catasto nuovo,

31. Quello che si vuol fare oggi in Francia per riformare il sistema ipotecario, fu felicemente compiuto in Italia da oltre trent'anni. Sebbene i codici e i regolamenti ipotecari anteriori, ispirati più o meno fedelmente all'esempio francese, non avessero osato affrontare e risolvere l'arduo problema, seppe affrontarlo arditamente, e risolverlo felicemente, il legislatore italiano con il Codice civile in vigore.

La pubblicità assoluta della ipoteca e la sua specialità, tanto per ciò che riguarda i beni gravati, quanto per ciò che attiene al credito garantito, sono proclamate nell'art. 1965: « *L'ipoteca non ha effetto se non è resa pubblica e non può sussistere che sopra beni specialmente indicati e per somma determinata in danaro* ».

Non si tratta di una mera affermazione teorica; si tratta invece di un principio fondamentale, logicamente svolto nelle ultime conseguenze: i privilegi sugl'immobili ristretti entro i confini ben delineati degli art. 1961 e 1962 Cod. civ. ed esonerati dalla formalità della iscrizione, perchè l'entità del credito con essi garantito non può eccedere una data percentuale, facile a prevedersi, del prezzo dei beni che ne sono colpiti; gli altri privilegi immobiliari del Codice francese, aboliti, o trasformati in ipoteche legali; le ipoteche legali ridotte a una mera facoltà di prendere iscrizione, senza retroattività di effetto e senza possibilità di sorprese; la specialità portata alle sue ultime conseguenze, consistenti nel rendere inefficaci le iscrizioni ipotecarie che diano luogo ad incertezza assoluta della identità dei beni gravati; conservata la ipoteca giudiziale, limitatamente alle sentenze di condanna, e resa possibile anche sui beni che sono dal debitore acquistati dopo che questa

---

tolgono alla questione della riforma ipotecaria gran parte della sua importanza — Possono consultarsi in proposito: FROLA, *Il catasto nei suoi effetti giuridici e conseguenti riforme nella legizlazione civile* (Torino, 1888); CANNADA-BARTOLI, *Il catasto della imposta fondiaria* (Napoli, 1890); LUZZATI, *Disegno di legge sugli effetti giuridici del catasto e sulla istituzione dei libri fondiari* (Torino, 1891).

fu proferita, ma con la giusta restrizione di doverla prendere con atto particolare a misura che i beni pervengono nel debitore; la ipoteca convenzionale limitata ai beni presenti con esclusione assoluta dei beni futuri (1): sono queste, in brevissimi termini, le principali riforme legislative introdotte nel regime ipotecario dal Codice vigente, e sono tali da poter essere qualificate come un reale ed effettivo progresso sulle precedenti legislazioni; laonde se fra noi si avverte un bisogno di riforma, è piuttosto nel modo di tenere i registri ipotecari che nella sostanza delle disposizioni concernenti le ipoteche.

Certo che la desiderata introduzione del registro fondiario, la fusione dei libri censuari con i registri ipotecari, che condurrebbero anco l' Italia a godere di un sistema di pubblicità completo e perfetto come il sistema tavolare germanico, richiederebbero profonde e sostanziali riforme nella legislazione civile; ma queste riforme, più tosto che sul titolo delle ipoteche, cadrebbero sul titolo della trascrizione e sulle norme che regolano la trasmissione consensuale della proprietà e la prescrizione acquisitiva.

Se infatti volesse proclamarsi il principio che la proprietà e gli altri diritti reali sui beni immobili si acquistano e si trasmettono soltanto in virtù della iscrizione nel registro fondiario, le disposizioni sulla trascrizione, contenute nel Tit. XXII Lib. III del Cod. civ., dovrebbero essere sostituite con altre sostanzialmente diverse; dovendo allora, come conseguenza logica di quel principio, l'iscrizione nel registro essere operativa di effetto tanto fra le parti quanto di fronte ai terzi, converrebbe cancellare dal Codice il principio astratto che la proprietà si trasmette per effetto del nudo consenso (art. 1125, 1448 Cod. civ.) ed eliminare la prescrizione acquisitiva (usucapione) dal novero dei modi in cui può acquistarsi la proprietà immobiliare (art. 710, 2105, 2106 Cod. civ.); ma il

(1) Cod. civ. art. 1877. Ciò è disposto anco nel Cod. fr. art. 2129 capov.; ma subito dopo, nell'art. 2130, è ammesso il contrario.

vigente sistema ipotecario potrebbe essere conservato, ordinando una generale rinnovazione delle iscrizioni, da compiersi entro un termine breve e perentorio, non più contro il debitore, ma bensì contro i fondi gravati dalle relative ipoteche.

Sarebbe grandemente avvantaggiata la facilità delle ricerche; ma non potrebbero dirsi modificati i principii della pubblicità e della specialità che sono oggi in vigore, perchè il legislatore italiano ha saputo portarli alla desiderata perfezione, con le disposizioni del Codice civile.

32. Si è mossa, per vero dire, una censura al sistema di pubblicità adottato dal Codice civile, in quanto si è detto che lascia sussistere una ipoteca tacita, che è la ipoteca legale del venditore. Sebbene di regola qualunque ipoteca, sia convenzionale, sia legale, sia giudiziale, non produca effetto e non prenda grado se non dal momento della sua iscrizione (art. 2007 Cod. civ.), pure per eccezione è ammesso che l'ipoteca legale surricordata, per quanto non iscritta, non possa restar pregiudicata, sino a che non sia avvenuta la trascrizione del titolo di acquisto, dalle trascrizioni o iscrizioni di diritti acquistati verso l' acquirente (art. 1942 capoverso Cod. civile).

Riservandoci di ritornare su questo importante argomento, osserviamo frattanto che la eccezione al principio della pubblicità consacrata nell'articolo ultimamente citato, mentre da un lato è giustificata da evidenti ragioni di opportunità pratica, non è tale dall'altro da ferire nelle sue parti vitali il sistema proclamato dal legislatore.

Già alla legge francese sulla trascrizione del 23 marzo 1855 fu rimproverato un somigliante difetto, con questa aggravante, che mentre il privilegio del venditore, quantunque non iscritto, prevale sulle ipoteche concesse dal compratore, le trascrizioni di diritti reali eseguite contro quest' ultimo prevalgono sul privilegio del venditore (1); ma il difetto inevitabile col sistema della tra-

(1) Confronta su ciò i citati processi verbali della *Commission extraparle-*

scrizione, non è tale da giustificare una fondata censura, essendo evidente che chi si propone di acquistare un diritto reale sopra un immobile, non deve limitarsi a verificare se la persona con la quale contratta ne ha acquistata la proprietà, ma deve spingere le sue indagini fino ai registri ipotecari, per conoscere se l'acquisto è stato reso pubblico mediante la trascrizione. Allora delle due una; o il titolo è trascritto, e se il prezzo non è stato interamente pagato, o non sono stati, per altra causa, interamente soddisfatti gli obblighi contratti verso l'alienante, deve necessariamente essere stata iscritta l'ipoteca legale (1); o il titolo non è stato trascritto, e il terzo che contratta con l'acquirente esigerà, per poco che sia cauto ed oculato, la preventiva trascrizione, che trarrà seco, come necessaria conseguenza, la iscrizione della ipoteca legale (2).

Non sono pertanto possibili le sorprese che derivavano dalle antiche ipoteche clandestine e non è vulnerato il principio della pubblicità (3).

---

mentaire du cadastre, seduta del 25 giugno 1891, fascic. I, p. 218. Il prof. BUFNOIR, della università di Parigi, censurò giustamente la legge francese del 1855 per questa stridente contradizione. L'art. 1942 Cod. civ. parlando ad un tempo di iscrizioni e di trascrizioni ha saputo evitarla.

(1) Infatti l'art. 1985 Cod. civ. fa obbligo d'iscriverla d'ufficio, sotto pena dei danni, al conservatore delle ipoteche al quale viene richiesta la trascrizione di un atto di alienazione, ove non gli sia dimostrato con regolari documenti che furono integralmente adempiuti gli obblighi derivanti dall'alienazione a carico dell'acquirente.

(2) L'art. 1942 è strettamente collegato coll'art. 1985 citato nella nota precedente.

(3) Nella ricordata seduta della sottocommissione giuridica del catasto, il professore BUFNOIR così in proposito si esprime riguardo alla legislazione francese: « Pour ceux qui ont acquis l'hypothèque dans l'intervalle de la vente à la transcription, je crois que le législateur, pour ne pas subordonner le privilège à la transcription, a une considération pratique que nous rencontrons à chaque pas dans notre législation et particulièrement en matière hypothécaire;

33. Per ciò che attiene al principio della pubblicità che sarà da noi convenientemente illustrato parlando nel Titolo secondo delle formalità ipotecarie, ci limitiamo qui ad accennare che esso è la base di tutto quanto il sistema adottato dal legislatore; imperocchè il diritto reale esperibile contro i terzi non sorge dal titolo che dà origine all' ipoteca, ma bensì dal fatto della iscrizione; la legge, la sentenza, il contratto, sono, nei casi determinati dalla legge, titoli ad iscrivere l' ipoteca, ma non attribuiscono la causa di prelazione, non accordano il diritto di perseguitare l' immobile nelle mani di qualsiasi possessore; la prelazione e il diritto di seguito che la rende efficace di fronte a chicchessia, derivano soltanto dal fatto della iscrizione e dal momento di questa; di guisa che, per determinare la preferenza fra due diverse ipoteche, non deve aversi riguardo al momento in cui furono consentite, o in cui nacque, dalla legge o dalla sentenza, il diritto ad iscriverle, ma al momento in cui furono iscritte.

La iscrizione non ha mai effetto retroattivo, per modo che ispezionando i registri ipotecari, aperti a tutti i cittadini, è dato conoscere con sicurezza matematica il grado delle diverse iscrizioni gravanti lo stesso immobile e la situazione precisa nella quale si trovano l'uno rispetto all'altro i diversi creditori.

Soltanto due iscrizioni richieste contemporaneamente contro la stessa persona e sopra gli stessi immobili prendono lo stesso

---

c'est que le tiers intéressé peut, s' il est attentif, avoir le moyen de sauvegarder ses intérêts. En effet, lorsque quelqu' un vient m'offrir une hypothèque sur un immeuble qu'il a récemment acquis, mon premier soin, à moi créancier, doit être de m'assurer que mon débiteur a un titre en règle. Si je ne le fais pas, si je ne vérifie pas la réalité de la transcription, je suis imprudent et je ne dois pas m' etonner si cette imprudence entraine pour moi des conséquences fâcheuses. Si la transcription n'est pas faite, naturellement je demande à mon vendeur de me faire connaître son titre et de justifier du payement du prix. Voilà comment une situation qui, théoriquement, est incorrecte, pratiquement ne presente pas d'inconvenients ».

numero d' ordine e per conseguenza lo stesso grado (art. 2008 Cod. civ.); ma ciò non dà luogo a incertezze, perchè le due iscrizioni funzionano, nel giudizio d'ordine, come una iscrizione sola, presa a favore di due distinte persone.

Chi pertanto vuole acquistare un immobile, o garantire sopra di esso il pagamento di una somma che gli è dovuta, o che è disposto a mutuare al proprietario del medesimo, ha nei registri ipotecari una guida sicura per conoscere se l' immobile è libero o se è vincolato da precedenti ipoteche. Soltanto dovrà aver cura di eseguire l' indagine, non solo di fronte all'attuale proprietario, con il quale contratta, ma anco di fronte ai suoi autori, risalendo al trentennio; l' ipoteca infatti conserva il suo effetto per un trentennio dalla sua data, e non basta assicurarsi della inesistenza di iscrizioni contro l'attuale proprietario; occorre ancora indagare se per avventura non vi siano vincoli ipotecari contro i proprietari precedenti, che non siano rimaste perente per difetto di rinnovazione (art. 2001 Cod. civ.). Inoltre, poichè la ipoteca legale della moglie conserva il suo effetto senza la rinnovazione durante il matrimonio, e per un anno successivo allo scioglimento del medesimo (art. 2004 Cod. civ.), non basterà risalire al trentennio; bisognerà spingersi più oltre, per conoscere se gl' immobili dei quali si vuol constatare la libertà non siano per avventura colpiti da vincoli di questa speciale natura.

Col sistema tavolare le ricerche sono immensamente più facili, perchè ogni fondo ha il suo foglio e di fronte a ogni fondo sono in apposite colonne iscritti i passaggi, le modificazioni della proprietà, i vincoli ipotecari, le prenotazioni; ma sono egualmente sicure col sistema del Codice civile italiano, purchè fatte con accurata diligenza e ripetute per tutti i nomi che nel trentennio hanno figurato sui registri censuari come possessori degli immobili dei quali si vuol constatare la libertà.

34. Non meno importante del principio che proclama la pubblicità della ipoteca è l'altro che ne prescrive la specialità. L'im-

mobile ipotecato deve essere designato nella iscrizione in modo da poterlo sicuramente identificare: la legge richiede la sua specifica descrizione con la indicazione della sua natura, del comune in cui si trova, del numero del catasto e delle mappe censuarie dove esistono e di tre almeno dei suoi confini (art. 1987 n. 7, 1979 Cod. civ.); però la omissione o la inesattezza di alcuna delle volute indicazioni non producono la nullità della iscrizione, fuorchè nel caso in cui inducano assoluta incertezza sulla identità dei singoli beni gravati (art. 1998 Cod. civ.).

Ci occuperemo a suo tempo di queste disposizioni, esaminando le svariate applicazioni che giornalmente ne fa la giurisprudenza delle nostre Corti. Qui basta accennare che il Codice civile, esigendo la specializzazione della ipoteca, ha eliminato le antiche ipoteche generali che per debiti relativamente piccoli imbarazzavano interi patrimoni, e ha reso possibile di proporzionare in ogni caso alla entità del credito garantito la entità della garanzia.

Già fino dall'epoca in cui fu compilato il Codice francese si osservava da uno dei suoi compilatori che l'ipoteca deve essere speciale, tanto nell'interesse di chi prende a mutuo l'altrui danaro, quanto in quello di chi lo dà; chi lo prende, ipotecando i suoi beni in proporzione dell'obbligo che contrae, conserva il suo credito per nuove operazioni, sia col riservarsi libera una parte dei suoi beni, sia con il conservare la possibilità di offrire una seconda ipoteca su beni gravati per una parte soltanto del loro valore; chi dà ad altri il proprio danaro, ha nell'ipoteca speciale la sicurezza necessaria per garantire completamente il suo interesse (1).

Si tratta di proposizioni che oramai niuno osa contradire: il legislatore italiano non solo ha voluto che siano pubbliche e speciali le ipoteche costituite sotto l'impero del Codice civile; ma ha voluto pure che le ipoteche generali ammesse dalle leggi an-

(1) GRENIER, *Rapport*, n. 8, in LOCRÉ, *Législ. civ.*, VIII, 254; LAURENT, *op. cit.*, XXX, 162.

teriori fossero specializzate in un termine perentorio dall'attuazione del Codice stesso, onde eliminare i gravi inconvenienti del sistema ormai condannato (1).

35. Occorre appena avvertire che la pubblicità e la specialità della ipoteca essendo prescritte nell'interesse dei terzi, il debitore non può essere ammesso a dedurre la nullità della iscrizione ipotecaria per difetto delle volute indicazioni. Se pertanto, venduti i beni del debitore, in un giudizio di graduazione si presentasse un solo creditore ipotecario e domandasse egli solo collocazione per il suo credito, il debitore non potrebbe opporsi allegando che manca la specifica designazione degl' immobili, o la determinazione del credito garantito, sia nel titolo costitutivo, sia nella nota d'iscrizione ipotecaria, sia in ambedue questi documenti. Il credito, quando non potesse valere come ipotecario, varrebbe almeno come chirografario, e non essendovi creditori concorrenti darebbe egualmente diritto alla collocazione in favore di colui che ne fosse il titolare.

Lo stesso dovrebbe dirsi se essendovi concorso di più creditori il prezzo in distribuzione fosse sufficiente all' integrale pagamento di tutti quanti i crediti insinuati nel giudizio di graduazione; allora non soltanto il difetto di pubblicità o di specialità non potrebbe essere opposto dal debitore, ma non potrebbe neppure essere dedotto dai creditori ipotecari posteriori, o dai creditori chirografari, perchè mancherebbe in essi ogni interesse a dedurlo. Quando il risultato finale della distribuzione è il pagamento integrale di tutti i creditori comparsi, quando, tenuto conto dell'ammontare dei crediti di cui è domandata collocazione e della somma in distribuzione, questo resultato può sicuramente prevedersi prima che si faccia luogo al giudizio di graduazione, le questioni che si volessero sollevare sulla nullità di una iscrizione ipotecaria per difetto di pubblicità o di specialità, si risolvereb-

---

(1) Art. 38 delle disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile.

bero in una inutile spesa che ridonderebbe in pregiudizio del debitore al quale appartengono tutti gli avanzi che eventualmente possono verificarsi.

Disgraziatamente questo che diciamo in tesi generale ed astratta ha raramente riscontro nella pratica: chi ha sul prezzo dei propri beni il mezzo di pagare tutti i suoi creditori e di conseguire un avanzo netto, trova sempre il modo, o con operazioni di prestito o con vendite parziali volontarie, di evitare l' esercizio dell'azione ipotecaria e la subastazione dei suoi immobili. Quando c'è vendita coatta, e sussegnente giudizio di graduazione, è raro il caso che non vi sia eccedenza del passivo sull'attivo; ai creditori perdenti, ipotecari o chirografari che siano, spettano per conseguenza le eccezioni che possono fondarsi sulla nullità delle iscrizioni ipotecarie per difetto di pubblicità o di specialità; ma le stesse eccezioni non spettano al debitore, o ai creditori che hanno sicuro pagamento del loro credito, perchè manca in loro ogni interesse a dedurle.

36. Una importante applicazione di questi principii ebbe occasione di fare la Corte di cassazione di Firenze nella sentenza del 27 luglio 1876 in causa Banca del Popolo e Pucci (1) nella quale fu appunto sancita la massima che i principii della pubblicità e specialità delle ipoteche, essendo introdotti a garanzia dei terzi, non riguardano i rapporti fra creditore e debitore. La Corte ebbe a distinguere, per ciò che attiene alla specifica designazione dei beni gravati, il titolo costitutivo della ipoteca dalla iscrizione della medesima; e mentre disse questa specifica designazione sostanziale nella iscrizione, che ha per effetto di far conoscere ai terzi i fondi gravati, soggiunse che nel titolo costitutivo tale specifica designazione può essere omessa, senza che ne consegua necessariamente la nullità, bastando che dal confronto fra l'iscrizione ed il titolo costitutivo sia dato conoscere quali beni si vollero realmente assoggettare al vincolo ipotecario.

---

(1) *Annali di giurispr. it.*, X, I, 1, 434.

La ragione della legge, disse la Corte, non ammette dubbio. Essa negli articoli 1979 e 1987 tracciò le norme con le quali debbonsi indicare gl'immobili, sia nel titolo costitutivo, sia nelle note ipotecarie; ma aliena dal sancire nullità senza scopo, dichiarò non avere altro in mira che di impedire l'incertezza assoluta sulla identità dei fondi gravati. Volle insomma provvedere che i terzi, non solo possano, per mezzo della iscrizione, avere notizia delle ipoteche imposte sui singoli fondi, ma siano anco in grado di conoscere se le iscrizioni prese in forza d'ipoteca convenzionale abbiano fondamento legittimo nel consenso del debitore resultante dal titolo costitutivo: ossia, se gl'immobili indicati nella iscrizione siano i medesimi che vennero dal debitore assegnati in ipoteca. Ora, perchè questo scopo della legge sia raggiunto, è senza dubbio necessario che la iscrizione contenga sempre sufficienti indicazioni speciali dei fondi, non così però il titolo costitutivo, il quale, non servendo che di confronto per conoscere se l'iscrizione sia conforme al patto d'ipoteca, può bene spesso compiere tale suo ufficio anche non contenendo veruna indicazione esplicita, purchè il genere dei beni a cui si riferisce non sia talmente indeterminato da rendere assolutamente incerta la loro identità con quelli distintamente designati nella iscrizione, come nel caso in cui il debitore costituisce ipoteca sopra alcuni dei fondi che gli appartengono, senza determinare quali di essi; non potendo l'incertezza derivante da tale mancanza di determinazione venire dissipata dalla sola iscrizione, quantunque regolarmente fatta. Se invece l'ipoteca venne costituita su tutti gli immobili del debitore, niuno eccettuato, si ha in tal caso una indicazione generica, non indeterminata, e la indicazione speciale che di tali immobili si faccia quindi nella iscrizione, può d'ordinario bastare ad escludere qualunque incertezza della identità degli uni con gli altri.

Ritorneremo a suo tempo su questo importante argomento e vedremo allora come realmente vi sia una notevole differenza, per ciò che attiene alla specifica designazione degl'immobili, fra il

titolo costitutivo della ipoteca e la sua iscrizione; nella ipoteca legale e nella giudiziale è soltanto la iscrizione che contiene sì fatta designazione, non potendo essa, per la necessità stessa delle cose, essere contenuta nell' articolo di legge o nella sentenza di condanna che attribuiscono al creditore, o a chi per esso, il diritto d' iscriverla (1): ma anco nella ipoteca convenzionale, sebbene la legge richiami, tanto riguardo al titolo costitutivo quanto riguardo alla iscrizione, la stessa disposizione (art. 1979 Cod. civ.), vi ha da essere necessariamente una differenza, perchè il titolo costitutivo, che opera i suoi effetti fra le parti, prende norma dalla interpretazione della loro volontà, mentre la iscrizione, che dà vita al diritto reale, e regola i rapporti con i terzi, non può prender norma che dalla materialità sua (2).

La sentenza superiormente citata spinge forse le cose un pò tropp'oltre laddove sostituisce alla specifica designazione, richiesta dalla legge anco pel titolo costitutivo, la designazione determinata ma generica « *tutti gl' immobili del debitore* »; ma abbiamo voluto citarla fin d' ora per dimostrare la grande differenza che passa fra la situazione del debitore e quella dei terzi rispetto ai principii della pubblicità e specialità: soltanto i terzi, che possono risentire il pregiudizio, sono ammessi ad opporre i vizi delle ipoteche anteriori a quelle iscritte per sicurezza dei loro crediti (3); quelli esistenti nel titolo esecutivo, in quanto non ne risulti la intenzione d' ipotecare un determinato immobile; quelli della iscrizione, in quanto non ne risulti la specifica designazione dei beni gravati; il debitore non può essere ammesso ad opporre siffatti

---

(1) Quanto alla ipoteca legale la regola è quella enunciata nel testo, sebbene vi siano dei casi in cui i beni gravati resultano da un titolo quantunque la ipoteca derivi dalla legge; ciò avviene per l'ipoteca legale dell'alienante in forza dell'atto di alienazione ecc. Ma di ciò a suo tempo.

(2) Cass. Torino, 21 aprile 1873, *Legge*, XIV, I, 533; Ancona, 30 maggio 1874, *Annali di giurispr. it.*, VIII, II, 272.

(3) Cass. Torino, 16 luglio 1874, *Monit. trib. Mil.*, XV, 998.

vizii, in quanto non può avere, ad opporli, un interesse legittimo ed attuale.

CAPO II

LA IPOTECA CONSIDERATA NELLE VARIE SUE SPECIE.

SEZIONE I

OSSERVAZIONI PRELIMINARI.

SOMMARIO

37. L'ipoteca è legale, giudiziale, convenzionale — 38. Il Codice civile italiano non ammette la ipoteca testamentaria — 39. Si dimostra che la ipoteca testamentaria non è da confondere con la convenzionale — 40. Si dimostra che di quella tiene luogo a sufficienza la separazione dei patrimoni — 41. La ipoteca convenzionale non è fatta segno a speciali censure — 42. Critica delle ipoteche legali; non è in gran parte applicabile a questo istituto dopo le riforme introdottevi dal legislatore italiano — 43. La ipoteca legale della moglie — 44. La ipoteca legale dei minori e interdetti— 45. La ipoteca legale dell' alienante e del condividente — 46. La ipoteca legale dello Stato per le spese di giustizia penale — 47. Ipoteca giudiziale. Sua origine. Difetti e inconvenienti di questo istituto — 48. Confutazione degli argomenti dei suoi fautori — 49. Proposte di riforma della legislazione francese in proposito — 50. Conclusioni nostre su questo argomento.

37. *L'ipoteca è legale, giudiziale o convenzionale* (art. 1968 Cod. civ.); la legge non ammette che queste tre specie d' ipoteca, e poichè si tratta di una disposizione strettamente connessa con il diritto dei terzi, e per ciò con l' ordine pubblico, non è dato derogarvi in alcun modo: si può iscrivere ipoteca in forza della legge, nei casi da essa tassativamente indicati (art. 1969 n. 1 Cod. civ.); si può iscrivere in seguito ad una sentenza portante con-

danna al pagamento di una somma o all'adempimento di una obbligazione che possa risolversi nel risarcimento dei danni (art. 1970 Cod. civ.); si può finalmente iscrivere in forza del consenso prestato alla sua costituzione, nelle forme volute dalla legge, dal proprietario dell'immobile che abbia capacità di alienarlo (art. 1974 e seg. Codice civ.); in altri casi, e in altri modi, la costituzione e la susseguente iscrizione del diritto reale d'ipoteca è nel nostro diritto assolutamente inammissibile. L'ipoteca considerata come causa di prelazione è rapporto giuridico eccezionale, che modifica il principio generale essere tutti i beni del debitore garanzia comune di tutti i suoi creditori, che vi hanno tutti eguale diritto; le disposizioni riguardanti la sua costituzione non possono per ciò ricevere interpretazione estensiva, nè essere estese da caso a caso col criterio di analogia (1).

38. Il nostro Codice non ammette in particolare l'ipoteca testamentaria, introdotta dal legislatore belga nella legge 16 dicembre 1851 con la quale fu contemporaneamente abolita l'ipoteca giudiziale. S'intende per ipoteca testamentaria, secondo l'art. 44 di quella legge, la ipoteca costituita dal testatore sopra uno o più immobili specialmente designati nel testamento per sicurezza dei legati da lui fatti, ed è per conseguenza limitata a questi ultimi, sebbene la dottrina propenda per la sua estensione anco alla garanzia dei debiti del testatore (2).

---

(1) Il Codice francese (art. 2115) e la legge belga 16 dicembre 1851 (articolo 42) hanno in proposito una espressa disposizione: « L'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisées par la loi ». La disposizione è stata opportunamente omessa nel Codice civile italiano perchè superflua.

(2) Il LAURENT (*op. cit.*, XXX, 542) è di questa opinione, ma non ci sembra che riesca a darne una dimostrazione convincente. Dopo aver detto che il progetto di legge originario parlava, oltre che dei *legati*, anco dei *debiti*, e che questa parola fu soppressa nel testo definitivo senza che se ne sia detta la ragione, così continua: « En faut-il conclure que le testateur ne peut pas accorder d'hypothèque à l'un de ses créanciers? À la rigueur cette conséquence

Il senatore Chiesi nella seduta pomeridiana della Commissione di coordinamento del 19 maggio 1865 propose che la ipoteca testamentaria fosse introdotta anco nel Codice civile italiano; ma la

---

résulte du texte des art. 42 et 44. D'après l'art. 42, l'hypothèque n'a lieu que dans les cas autorisés par la loi, et l'art. 44 n'autorise l'hypothèque testamentaire que pour la garantie des legs. Toutefois cette argumentation n' est pas aussi decisive qu' elle en a l'air. Le testateur peut léguer à son créancier ce qu' il lui doit; la dette devient alors une chose léguée, et elle rentre, par conséquent, dans les termes de l' art. 44; or en donnant une hypothèque au créancier, il lui légue implicitement la chose due en y ajoutant une garantie hypothécaire. Cette interprétation permet de concilier le texte avec les principes. Il n'y a aucune raison pour interdire au testateur de léguer une hypothèque; il peut léguer la toute propriété à son créancier, pourquoi ne pourrait-il pas lui léguer un démembrement de la propriété? Il peut léguer toute espèce de droits réels, pourquoi y aurait-il exception pour l' hypothèque? Vainement invoquerait-on le retranchement du mot *dettes* qui se trouvait dans le projet; on ne sait pas pourquoi le mot a été retranché; il peut l'avoir été parce qu'il était inutile, comme nous venons de l'expliquer. En tout cas le silence de la loi ne suffit pas pour que l'on en induise une dérogation aux principes ». Questo ragionamento ci sembra assolutamente erroneo; la legge dice che si possono garantire per testamento i legati, non i debiti; e si comprende perchè. Il legato, destinato ad avere effetto alla morte del testatore, non può da lui essere garantito che a quell'epoca o per conseguenza col testamento; il debito invece, che si contrae in vita ed in vita spiega tutto il suo effetto, deve essere garantito con ipoteca convenzionale; diversamente un testatore potrebbe, finchè vive, sfruttare largamente il credito, dimostrando che il suo patrimonio è pienamente libero da iscrizioni ipotecarie, e poi, alla sua morte, accordare una ingiusta preferenza a un creditore in pregiudizio degli altri. Per questo, non per altro, la parola *debiti* deve essere stata soppressa nel progetto; la ragione è così evidente che non comprendiamo come possa essere sfuggita al consueto acume del grande scrittore; si possono legare la proprietà, l'usufrutto, l'uso o altro qualsiasi smembramento della proprietà; ma non si può legare l'ipoteca, perchè essa, sebbene diritto reale, è accessorio del credito, e, come non può sussistere se non a garanzia del credito, non puo aver vita se non nei casi e nelle forme volute dalla legge. Il testatore può ordinare all' erede di dare ipoteca per sicurezza di un debito; ma non costituire l' ipoteca col

Commissione, pur riconoscendo il merito scientifico della proposta, ed ammettendo che la medesima avrebbe potuto essere oggetto di studio, non credè di poterla accettare in quella seduta, senza che resulti esserne stata tenuta parola posteriormente (1).

La proposta, secondo apparisce dai verbali, non fu presa in considerazione per due ragioni distinte, una delle quali è manifestamente erronea, mentre l'altra è giustissima e basta di per sè sola a motivare il deliberato della commissione.

Dell'una e dell'altra ragione non è inutile tenere separato discorso.

39. Disse in primo luogo la commissione che l'ipoteca testamentaria, in pratica e anche in diritto, è compresa nella ipoteca convenzionale, cosicchè potrebbe essere pericoloso ed originare non poche questioni il farne una classe a parte.

L'errore di siffatta osservazione fu opportunamente posto in luce da un nostro scrittore: « Invero, come si può confondere il testamento, atto unilaterale e di ultima volontà, colla convenzione, atto bilaterale e tra vivi, per dire che l'ipoteca testamentaria sia compresa nella convenzionale? Ciò è così poco conforme al vero che quelle legislazioni le quali, senza riconoscere l'ipoteca testamentaria, accordano tuttavia ai legatari una ragione d'ipoteca, ne fanno un'ipoteca legale, non un'ipoteca convenzionale » (Cod. alb. art. 860, 861, 2211 e 2263) (2). Sembra a noi che questa osservazione sia pienamente conforme alla realtà delle cose, perchè il testamento non è una convenzione: può disputarsi, e lo vedremo a suo tempo, se l'accettazione del creditore debba intervenire nell'atto stesso in cui l'ipoteca è consentita dal debitore, o se possa anco essere successiva e argomentarsi dal fatto di avere

testamento, dal momento che la legge dispone che può essere costituito in siffatto modo soltanto per garanzia del legato. Il LAURENT, ha creduto di conciliare il testo con i principii; a parer nostro ha disconosciuto l'uno e gli altri.

(1) *Processi verbali*, XLI, n. 5.

(2) POCHINTESTA, *op. cit.*, n. 122, p. 175, nota 2.

richiesto la iscrizione o di profittarne (1); ma è indubitato che l'ipoteca non può costituirsi col testamento; non per garantire un determinato debito, a preferenza di altri, perchè la legge espressamente non accorda al testatore sì fatta facoltà; non per accordare a un legatario una prelazione che sarebbe inefficace di fronte ai creditori della eredità, inutile di fronte agli altri legatari; inefficace di fronte ai creditori, perchè il testatore non può pregiudicare i loro diritti col disporre delle cose sue; inutile di fronte agli altri legatari, perchè nei rapporti fra i medesimi basta che il testatore esprima un determinato ordine di preferenza, perchè questo debba essere seguìto, anco in caso di riduzione (art. 825 Codice civile), senza che occorra attribuire un diritto reale d'ipoteca al legatario preferito.

Il testatore può indubbiamente ordinare all'erede e al legatario di dare ipoteca per garantire un determinato creditore o legatario della eredità; ma in tal caso non può parlarsi d'ipoteca nascente direttamente dal testamento, nè può essere dato d'iscriverla in forza di questo. La obbligazione d'ipotecare, imposta dal testamento, è come un onere, un *modus*, della liberalità disposta a favore dell'obbligato. Questi non può dispensarsi dall'adempiere l'obbligazione, se non rinunciando alla liberalità; ove non rinunci, e voglia invece farne uso, può essere astretto a consentire l'ipoteca anco per via di pronuncia giudiziale (2).

---

(1) Terremo parola di sì fatta questione, ormai pacificamente risoluta dalla giurisprudenza nel senso più benigno, nel Capitolo destinato alla ipoteca convenzionale.

(2) Affine ma non identica alla questione esaminata nel testo è l'altra, se al legatario competa una ipoteca legale per sicurezza del suo legato. Nel diritto francese l'affermativa si argomenta dagli art. 1007, 1012, 1017 di quel codice, che dicono l'erede e il legatario universale tenuti personalmente per la loro quota e ipotecariamente per l'intero al pagamento dei debiti e pesi della eredità. TROPLONG (*op. cit.*, 342 *ter.*), esprime con altri sì fatta opinione. Ma è ovvio osservare che in quelli articoli si parla di obbligazione ipo-

40. La Commissione coordinatrice soggiunse che si asteneva dal prendere in considerazione la proposta del senatore Chiesi concernente la istituzione della ipoteca testamentaria per la ragione che suppliva, almeno nella pluralità dei casi, il diritto di separazione dei patrimoni. Su ciò non cade dubbio.

Con la separazione dei patrimoni della quale è cenno nell'articolo 1032 del Codice civile e che è poi regolata nelle sue forme e nei suoi effetti nel Titolo XXIV, Libro III dello stesso codice (art. 2054-2065), s' impedisce che i creditori dell'erede e coloro che acquistano dal medesimo i beni ereditari possano pregiudicare i diritti dei creditori e dei legatari e della eredità. Come l'erede accettando la eredità con benefizio d' inventario, e uniformandosi alle disposizioni scritte in proposito nella legge, impedisce che il suo patrimonio si confonda col patrimonio ereditario ed evita

---

tecaria in quanto l'ipoteca sussista, e abbia preso vita anteriormente all'apertura della successione, non già perchè possa nascere per ministero di legge al momento in cui la successione si apre. Anco nel diritto italiano vi è una sentenza della Corte d' appello di Trani, la quale, interpretando a suo modo l'art. 1029 del Cod. civ. (corrispondente ai citati articoli 1009, 1012, 1017 Cod. francese), ha ritenuto che ai legatari spetti l' ipoteca legale contro gli eredi (sentenza del 17 agosto 1871, *Annali di giurispr. ital.*, VI, II, 464); ma il principio è stato dimostrato erroneo dal Pochintesta (*op.* e *loc. cit.*) il quale ha giustamente osservato come i compilatori degli *Annali* nella nota che accompagna quella decisione siano caduti alla loro volta in uno strano equivoco, sostenendo che la ipoteca non appartiene ai legatari, perchè l' art. 868 Cod. civ. dispone che ciascuno dei coeredi è tenuto a soddisfare il legato in proporzione della quota che gli spetta, ma che appartiene però ai creditori della eredità in virtù del citato art. 1029. Questo articolo disponendo che gli eredi sono tenuti ai debiti e pesi ereditari personalmente in proporzione della loro quota ed ipotecariamente per l'intero, evidentemente presuppone che si tratti di debiti garantiti con ipoteca anteriormente all' apertura della successione e che a uno dei coeredi sia stato assegnato per intero, in un atto di divisione, l'immobile ipotecato. Nella sentenza citata della Corte di Trani si è confusa la separazione di cui agli articoli 1032, 2054 e seg. Cod. civ. con l' ipoteca vera e propria, mentre si tratta d' istituti giuridici completamente diversi.

così il pericolo di essere tenuto al pagamento dei debiti ereditari oltre l'ammontare della eredità, così i creditori e i legatari dell'eredità, esercitando nel termine perentorio di tre mesi dall'apertura della successione il diritto alla separazione, diritto che quanto ai beni immobili si esercita con una iscrizione che ha la forma, non la sostanza, della vera iscrizione ipotecaria, impediscono la stessa confusione in senso inverso, nel senso cioè che i beni della eredità non servano al pagamento dei debiti particolari dell'erede, in pregiudizio dei loro diritti.

Dimostrammo già nel volume precedente come la separazione del patrimonio del defunto da quello dell' erede non può nel diritto vigente considerarsi come una causa di prelazione, mentre altro non fa che impedire che i creditori di una persona siano privati, pel fatto della sua morte, del pegno generico che a loro spettava sul di lui patrimonio (1); ma ciò non ostante può dirsi che l' esercizio del relativo diritto dà ai legatari il modo di garantire efficacemente la percezione del legato, senza bisogno di ricorrere alla ipoteca testamentaria. Anche se questa ipoteca fosse ammessa, i legatari non potrebbero ottenere un diritto di preferenza sui creditori, anco chirografari, della eredità, perchè prima si pagano i debiti e dopo i legati (*nemo liberalis nisi liberatus*; art. 822 Cod. civ.); la preferenza poi sui creditori anco ipotecari dell' erede, è loro assicurata dall' istituto della separazione (articolo 2062 Codice civile), senza che occorra complicare il già complicato sistema con una specie di ipoteca non reclamata da un imperioso bisogno.

41. In diritto italiano sono pertanto ammesse tre specie di ipoteca: la legale, la giudiziale e la convenzionale. Prima di scendere ad esaminare le particolari disposizioni che le riguardano, ci sia consentita qualche osservazione d' indole generale.

Solo chi vuol sovvertire completamente dalle stesse sue fon-

---

(1) *Trattato dei Privilegi*, n. 43.

damenta l'ordinamento della proprietà, può avere in mente il pensiero di sopprimere l'ipoteca convenzionale, conseguenza necessaria della facoltà di disporre attribuita al proprietario sulla cosa sua (art. 436 Cod. civ.), strumento meraviglioso di credito, che consente la massima sicurezza al creditore senza privare il debitore del possesso e del pieno godimento della cosa. Ma se l'ipoteca convenzionale è universalmente ammessa, la ipoteca legale e la giudiziale, già abolite in alcune legislazioni moderne, sono fatte segno ad acerbe e non sempre giustificate censure.

42. Per ciò che riguarda l'ipoteca legale, completamente sconosciuta alle legislazioni germaniche, si combatte osservando che essa, operando all'infuori della volontà delle parti anche quando non se ne manifesta affatto il bisogno, è di ostacolo allo sviluppo del credito e crea nella proprietà immobiliare vincoli eccessivi, non sempre necessari, spesso dannosi. È da avvertire però che le censure mosse contro questo istituto, sono motivate specialmente dal modo in cui è regolato nel Codice civile francese, e negli antichi codici italiani fedelmente modellati sul medesimo, specialmente perchè le ipoteche legali, sotto l'impero di quei codici, violavano il principio della pubblicità, per essere esonerate dalla iscrizione od iscritte con effetto retroattivo, e violavano anche più spesso e più gravemente il principio della specialità, in quanto potevano sussistere sull'intero patrimonio del debitore senza specifica designazione dei beni gravati, e per somma indeterminata di danaro (1).

(1) Nella seduta del 9 luglio 1891 della ricordata *Commission extraparlementaire du cadastre* il prof. BUFNOIR osservava che la generalità e il carattere occulto delle ipoteche legali « offrent les plus grands inconvenients au point de vue de la sécurité des transactions immobilières »; e dopo aver avvertito la insufficienza di certi correttivi adottati nella legislazione francese, così proseguiva: « Mais c'est principalement au point de vue des créances garanties, que se révèlent tous les inconvénients de la généralité des hypothèques légales de la femme mariée, des mineurs, des interdits; grace à cette généralité, le credit du mari et du tuteur se trouve absolument anéanti, car il est impossible aux tiers qui traitent avec eux de savoir quelle valeur peuvent avoir

Il Codice civile italiano, disponendo che tutte quante le ipoteche, e per conseguenza anco le ipoteche legali, prendano grado dal momento della loro iscrizione senza dare a questa iscrizione efficacia retroattiva (articolo 2007 Cod. civ.) (1), prescrivendo ancora che l' ipoteca di ogni specie, e così anco la ipoteca legale, non possa sussistere che sopra beni specialmente indicati e per somma determinata in danaro (art. 1965 Cod. civ.), ha ovviato a tutti gli inconvenienti giustamente addebitati al codice francese e agli altri modellati sul medesimo. La ipoteca legale non è, per il nostro codice, che una mera facoltà d'iscrivere, improduttiva di effetti giuridici finchè non sia tradotta in atto: potranno aversi per essa delle iscrizioni inutili, ma non si hanno le sorprese e i danni gravissimi delle ipoteche occulte e generali.

Il nostro Codice ha, siccome è noto, conservato le ipoteche

---

les hypothèques qu'ils se proposent d'acquérir sur leurs biens ». Il compratore di un immobile ha il rimedio della purgazione che costringe i creditori a palesare i loro diritti; ma chi vuol prestare il suo danaro sopra lo stesso immobile non ha rimedio alcuno. Tanto ciò è vero che è stata stabilita, in Francia, una speciale eccezione in favore del Credito fondiario, che in virtù di un diritto particolare può costringere i creditori aventi ipoteca legale sui beni che questo stabilimento intende di vincolare, a palesare entro un dato termine i loro diritti a pena di decadenza; al quale proposito così si esprime il citato civilista: « Ceci, je crois, est la meilleure démonstration pratique de l'inconvénient, capital et reconnu par tous, du caractère occulte des hypothèques dont nous parlons. Tout au moins, si vous vouliez maintenir ce caractère occulte, il faudrait, dans l'intérêt des tiers qui veulent obtenir une hypothèque ordinaire, accorder à ces derniers la faculté speciale réservée au Credit foncier ».

(1) La Commissione senatoria, modificando il progetto Pisanelli, aveva esteso l' ipoteca della donna maritata ai beni futuri ed ammessa, benchè in limiti assai ristretti, la retroattività della iscrizione; ma la commissione coordinatrice, approvando il concetto di considerare la dote come una semplice modalità della società coniugale riguardo ai beni, anzichè come un istituto di ordine sociale, si trovò unanime nel redigere l' art. 1969 n. 1 del Cod. civ. secondo il testo dell' art. 1978 del progetto Pisanelli (*Processi verbali*, XLI, n. 6).

legali dei minori, degl' interdetti e della donna maritata, che figurano nell' art. 2121 del Cod. civ. franc., assoggettandole col massimo scrupolo ai principii della pubblicità e della specialità (articolo 1969 Cod. civ. n. 3 e 4) ; ha soppresso la così detta ipoteca del tesoro pubblico, ammessa dallo stesso art. 2121 a favore della nazione, dei comuni e degli stabilimenti pubblici sopra i beni degli esattori ed amministratori obbligati a render conto (1), giustamente riflettendo che meglio può garantirsi il pubblico interesse con esigere caso per caso cauzioni speciali per sicurezza delle respettive gestioni, salvo a garantirsi con ipoteche giudiziali ove si verifichino ammanchi di cassa superiori all' ammontare delle cauzioni prestate; ha convertito in ipoteche legali, per manifeste ragioni di convenienza già altrove da noi dimostrate (2), gli antichi privilegi dell'alienante e del condividente, restringendo la portata di quest'ultimo ai semplici rifacimenti e conguagli (art. 1969 n. 1 e 2 Cod. civ.) ed ha soppresso gli altri privilegi sugl' immobili ammessi dal Codice francese a favore di chi ha somministrato il danaro per l'acquisto di un immobile ed a favore degli architetti, intraprenditori, muratori ed altri operai impiegati nella fabbrica, ricostruzione e riparazioni di edifizi, canali od altre opere, non che di coloro che hanno somministrato il danaro per il pagamento degli operai adibiti nelle opere stesse (3) ; ha limitato alla generalità dei mobili, accordando sul prezzo degli immobili un diritto di preferenza solo di fronte ai creditori chirografari, il privilegio

(1) La ipoteca del tesoro pubblico è assoggettata in Francia alla formalità della iscrizione, ma ha il grave difetto di essere generale e di valere per ciò senza specificazione di beni o di somma. La difese calorosamente in seno alla ricordata commissione del catasto il consigliere di stato Marquès di Braga, osservando che per non operare tacitamente non viola il principio della pubblicità, e che d' altronde è un potente mezzo coercitivo per costringere i contabili del pubblico danaro a renderne conto (*Procès-verbaux*, fascic. I, p. 266).

(2) Confr. il nostro trattato *Dei Privilegi*, n. 399.

(3) Trattato citato *Dei Privilegi*, n. 400.

dei crediti enumerati nell'art. 2101 del Cod. franc. corrispondente all'art. 1956 del Cod. civ. ital. (1); ha finalmente aggiunto, nel n. 5 dell'art. 1969, una ipoteca legale a favore dello Stato sui beni dei condannati per la riscossione delle spese di giustizia in materia criminale, correzionale e di polizia, estendendone i vantaggi alle difese e alle parti civili, e assoggettandola alle consuete norme di pubblicità e di specialità.

Queste riforme, di cui potremo valutare la importanza esaminando una per una le ipoteche legali conservate e quelle nuovamente introdotte, tolgono ogni ragione di essere alle più sostanziali censure che si fanno contro l'istituto della ipoteca legale, la quale, ridotta com'è ad una mera facoltà di prendere iscrizione, rispetta pienamente i grandi principii della pubblicità e della specialità della ipoteca.

43. Si muovono contro le ipoteche legali altre censure che non sono prive d' importanza. L' ipoteca legale della donna maritata, si dice, non raggiunge lo scopo di proteggere il di lei interesse pel quale fu istituita da Giustiniano e tenacemente difesa dai suoi sostenitori. Ciò è al dì d'oggi generalmente ammesso in Francia, ove vige il regime della comunione fra coniugi (2), ma

(1) Questo privilegio è nel sistema francese il più dannoso perchè affatto esente da ogni obbligo d'iscrizione per quanto operativo di effetto sopra gl'immobili in pregiudizio dei creditori ipotecari (Cod. civ. francese art. 2104). L'articolo 1963 Cod. civ. ha ovviato a così grave inconveniente disponendo: « I crediti indicati nell'articolo 1956 saranno collocati sussidiariamente sul prezzo degli immobili del debitore con preferenza ai creditori chirografari ».

(2) « Personne, disse il prof. Bufnoir nella citata seduta della Commissione francese del Catasto, ne traite avec un homme marié sans demander l'intervention de la femme, sans qu'on demande, comme on dit, que le prêteur soit subrogé aux droits de la femme dans son hypothèque, ou qu' elle renonce à cette hypothèque au profit de l'acquéreur. Et, chose remarquable, cette intervention de la femme n'est pas limitée à la disposition de son droit d'hypothèque; la femme, presque toujours, intervient en s' obligeant conjointement et solidairement avec son mari, come disent les notaires. De telle sort que la

può ripetersi anco in Italia, ove domina in modo quasi esclusivo il regime dotale. Infatti, o il marito non possiede beni immobili, e l'ipoteca legale rimane inefficace per mancanza di oggetto; o ne possiede, e potendo essere ristretta nel contratto di matrimonio a determinati beni, è lecito alle parti di renderla poco meno che illusoria, col limitarla a beni che non bastano a garantire le ragioni dotali della moglie. Questo diciamo prescindendo per ora dalla questione se la donna possa, nel contratto di matrimonio, rinunziare a tale garanzia; tale questione sarà da noi trattata a suo luogo, ed ove debba essere risoluta, siccome crediamo, in senso affermativo, prende nuova forza la nostra osservazione.

A ciò è da aggiungere che sotto il regime dotale, come sotto il regime della comunione, quando ancora la ipoteca sia da principio iscritta con sufficiente ampiezza, è troppo facile restringerla o postergarla rendendo affatto illusoria la garanzia; tanto ciò è vero, che la pratica dimostra come raramente la dote della moglie si salva se gl' interessi del marito volgono al peggio. Le ragioni dotali della moglie non trovano generalmente un mezzo efficace di protezione nella ipoteca legale sui beni del marito; solo mezzo efficace di protezione sono, d'ordinario, la sua buona condotta, il buon andamento dei suoi affari. L'intimità della unione coniugale, la comunanza d' interessi che ne deriva, fanno sì che la moglie, per quanto protetta in apparenza dal regime totale, partecipa della

femme, dans la pratique la plus habituelle, n'est nullement protegée par son hypothèque légale, et qu'elle se ruine presque toujours quand son mari se ruine lui-même ». L' insigne professore crede, è vero, che questi inconvenienti non si abbiano per la donna maritata col regime dotale, che giudica però dannoso per altro lato al credito ipotecario; soggiunge che la specializzazione della ipoteca varrebbe ad eliminare gl'inconvenienti medesimi; ma riteniamo di non andare errati affermando che anche con il regime dotale l'ipoteca legale della donna maritata è garanzia in gran parte illusoria e che la specializzazione non vale ad eliminare gl' inconvenienti; se infatti essa è estesa a molti beni, il dissesto negli affari del marito porta necessariamente a restringerla o a postergarla; se è limitata a pochi, non costituisce una efficace garanzia.

buona e della cattiva fortuna del marito, e la ipoteca legale si risolve in un inutile inciampo nelle contrattazioni immobiliari.

Con ciò non intendiamo di esprimere l'opinione che questa ipoteca debba senz'altro essere abolita. Anco che di regola non raggiunga lo scopo di proteggere l'interesse della moglie, basta che possa raggiungerlo e lo raggiunga di fatto in qualche caso speciale, perchè sia dimostrata la opportunità di conservarla. Osservammo altrove che, anco limitata com'è, l'ipoteca legale della donna maritata può rendere alla famiglia e alla società utili servigi (1); e poichè non altera il sistema ipotecario, non viola i principii cardinali della pubblicità e specialità nei quali s'impernia quel sistema, non vi è ragione di volerla ad ogni costo abolita (2). Anco la tradizione deve esercitare nel campo del diritto una giusta influenza, e la tradizione romana vuole la conservazione di sì fatto istituto, conforme a pieno alle nostre abitudini e ai nostri costumi (3).

44. Per ciò che attiene alla ipoteca legale concessa ai minori e agli interdetti sui beni dei loro tutori per sicurezza della gestione affidata ai medesimi, tutti sono d'accordo nel riconoscerne la opportunità, perchè se vi ha classe di persone che meriti la

(1) Nel nostro trattato *Del contratto di matrimonio*, vol. I della Parte dodicesima di questa esposizione del *Diritto civile italiano*, n. 144.

(2) Il Pochintesta (*op. cit.*, I, 125) ripete le consuete obiezioni contro questa ipoteca legale; ma è ovvio osservare che esse sono tratte dal diritto francese ove hanno ben altro fondamento. Il Melucci, il Pacifici-Mazzoni e il Mirabelli nelle opere citate non trattano la questione.

(3) *Relazione Pisanelli*, n. 193: « Parve a taluno che sarebbesi anche potuto prescindere affatto da tale cautela, lasciando alle parti di stipulare quelle che ravvisassero opportune. Se vi è circostanza in cui la donna non manca di consigli e di assistenza è certamente quella del matrimonio, imperocchè l'intervento dei congiunti, e specialmente di coloro che costistuiscono la dote, è una garantia sufficiente perchè nulla sia dimenticato nell'interesse della sposa. Ma una deferenza per il sistema dotale che forma il diritto comune d'Italia, persuase di lasciar sussistere questa ipoteca per non far troppa violenza alle contratte abitudini ».

protezione della legge è appunto questa. Che non godano di garanzia i minori di fronte al genitore che amministra i loro beni in virtù della patria potestà, agevolmente si comprende, in quanto essi trovano nello stretto vincolo del sangue e nel presunto affetto una garanzia morale, che mal potrebbe essere posposta a una garanzia materiale; coloro invece che per la morte dei genitori durante la minore età, o per grave malattia mentale, si trovano nella dura necessità di avere amministrate le loro sostanze da meno prossimi congiunti o da estranei, hanno diritto a una efficace protezione. L'esperienza addimostra come le tutele siano spesso incentivo a malversazioni dannose e riprovevoli ed il legislatore che cerca di porvi riparo merita lode da quanti hanno a cuore il benessere sociale.

Ma se in massima non può contrastarsi che l'interesse delle persone sottoposte all'altrui tutela deve essere efficacemente assicurato, molto vi è da dire invece intorno al modo nel quale il legislatore nostro tende a raggiungere sì fatto scopo. Dal confronto dell'art. 1969 n. 3 con l'art. 292 del Cod. civ., si argomenta che l'ipoteca legale di cui è parola nella prima delle suddette disposizioni altro non è in sostanza che un modo di garantire la gestione tutelare, che si traduce in atto quando il tutore non sia dispensato per legge o per deliberazione del consiglio di famiglia e sempreché il tutore non preferisca di dare una cauzione diversa. Se il tutore è l'avo paterno o materno, la dispensa dalla cauzione emana dalla legge stessa; se è un parente meno prossimo, o un estraneo, può essere dispensato dal consiglio di famiglia con deliberazione sottoposta alla omologazione del tribunale; se non vi è dispensa, spetta al tutore la scelta del modo in cui preferisce dare cauzione; soltanto nel caso in cui il tutore non preferisca un modo diverso, si fa luogo all'ipoteca legale sopra i suoi beni; il consiglio di famiglia determina su quali beni tale ipoteca deve iscriversi (art. 292 Cod. civ.) e la iscrizione deve farsi nei venti giorni dalla relativa deliberazione per cura del tutore, del protu-

tore e del cancelliere che ha assistito alla deliberazione medesima (art. 1983 Cod. civ.). Anco questa iscrizione non ha efficacia retroattiva e dovendo essere iscritta su beni particolarmente designati non sono violati i principii della pubblicità e della specialità.

Sebbene la legge dichiari che ove il tutore non preferisca un altro modo di cauzione e non possegga beni sufficienti per iscrivervi l'ipoteca legale, si procede alla nomina di un nuovo tutore, la esperienza dimostra che l'assetto dato alla gestione tutelare per ciò che concerne la guarentigia dei minori e degl'interdetti lascia non poco a desiderare.

La facilità con cui si accordano le dispense e si omologano dai tribunali le relative deliberazioni; la possibilità di restringere l'ipoteca legale a beni insufficienti allo scopo, sia per il tenue valore, sia per l'esistenza d'ipoteche precedenti; la necessità di prendere iscrizione per somma determinata, che bene spesso è inferiore d'assai al debito che resulta alla fine della gestione; sono altrettante circostanze che rendono in gran parte illusorie le disposizioni della legge e inadeguate allo scopo.

Volendo conciliare l'interesse dei minori e degl'interdetti con quello dei terzi, il legislatore italiano ha finito per sacrificare completamente il primo; dal punto di vista della protezione, che pur deve accordarsi agl'incapaci, è indubbiamente più logico il legislatore francese che colpisce indistintamente tutti i beni del tutore, presenti e futuri, con una ipoteca che opera i suoi effetti indipendentemente dalla sua iscrizione per qualunque somma sia per resultare dovuta dal tutore in conseguenza della gestione tutelare. È vero che anco questo legislatore non provvede al caso in cui, non possedendo il tutore beni immobili, l'ipoteca legale manca del suo oggetto; ma almeno spinge il principio della garanzia fin dove può giungere e lo applica in tutte le sue possibili conseguenze, mentre il legislatore nostro, volendo conciliare interessi contraddittorii, e perciò inconciliabili, non riesce che a dettare delle mezze misure.

L'indole di questo nostro studio non consente larghe disquisizioni *de jure condendo*. Ci sia permessa non ostante una brevissima osservazione di questa natura.

Mantenere generale ed occulta l'ipoteca legale di cui si tratta non si poteva senza scompaginare il sistema ipotecario, che è tutto fondato sui noti principii dell'art. 1965 Cod. civ. (1): fra l'interesse individuale dei minori e degl' interdetti e l'interesse generale del credito fondiario era necessità inesorabile dare a quest'ultimo la prevalenza. Ma per non sacrificare quelle persone incapaci, che hanno tutto il diritto alla protezione della legge, si poteva regolare la gestione tutelare in modo che non vi fosse bisogno della ipoteca legale o di altra cauzione qualsiasi. Bastava per ciò seguire l'esempio del Codice civile generale austriaco, noto ed applicato in due importanti regioni italiane fino all'attuazione del Codice vigente.

Secondo questo Codice, l'ufficio tutelare che è, come pel Codice nostro, testamentario, legittimo e dativo (§ 196 e seg.) è sottoposto alla diretta sorveglianza di un apposito magistrato che chiamasi giudice pupillare (§ 200). Il tutore deve prestar giuramento di educare e istruire fedelmente il minore e di amministrarne con fedeltà e diligenza le di lui sostanze (§ 205); il giudice ha la custodia delle gioie, degli oggetti preziosi, dei chirografi e di tutti i documenti d'importanza (§ 229); il danaro eccedente i bisogni ordinari dell'amministrazione deve prima di tutto essere convertito nel pagamento dei debiti se ve ne siano: ogni di più deve essere impiegato utilmente, mediante collocazione sopra un banco pubblico o anche presso privati verso sicurezza legale, imprestando sopra i fabbricati fino alla metà, sopra i fondi rustici fino a due terzi del

(1) Anco in Francia si parla di rendere pubblica e speciale la ipoteca dei minori e degl' interdetti obbligando ad iscriverla il cancelliere del giudice di pace redattore del processo verbale della riunione del consiglio di famiglia che inizia la tutela. V. Discorso del prof. BUFNOIR nella citata seduta della Commissione del Catasto, 9 luglio 1891, *Procès verbaux*, fasc. I, p. 263.

loro valore (§ 230); il tutore non può fare atti eccedenti l'ordinaria amministrazione (§ 233); il debitore del minore non può pagare i capitali al tutore senza consenso del giudice e può liberarsi pagando direttamente nelle mani di questo (§ 234). Per questa diretta ingerenza del magistrato, la gestione tutelare procede con la massima regolarità ed il tutore non è obbligato a dare cauzione nè quando assume la tutela, nè in seguito, fino a tanto che osserva esattamente tutto ciò che la legge prescrive per la sicurezza del patrimonio e rende regolarmente i conti nei tempi stabiliti (§ 237).

Se si fosse seguito questo lodevole esempio, che pur si aveva sott'occhio, si sarebbe potuta evitare la ipoteca legale dei minori e degl' interdetti, che così com'è regolata nel nostro Codice è una larva di garanzia e che d'altronde non poteva conservarsi occulta e generale (1).

45. Le ipoteche legali dell'alienante e del condividente dànno luogo a serie obiezioni; neppure per esse sono violati i principii della pubblicità e della specialità, non meritando le censure che le sono state inflitte la disposizione dell'art. 1942 capov. Cod. civ. (sopra n. 32); ma rispondono esse a un reale bisogno? Valeva la pena di trasformare in ipoteche legali i privilegi concessi dai precedenti Codici a siffatte categorie di persone, od era partito migliore sopprimerli addirittura?

Si tratta di persone che godono della piena capacità giuridica e che per conseguenza possono essere lasciate arbitre di tutelare come meglio credono il loro interesse. Perchè la legge accorda l'ipoteca legale al venditore di un immobile non soddisfatto del prezzo nel contratto stesso di alienazione, al condividente al quale

(1) Pochintesta, *op. cit.*, I, 125. Anco in Francia si è compreso come il modo migliore di garantire le persone sottoposte a tutela consiste nel circondare di opportune restrizioni la gestione dei tutori. Con legge del 1880 fu in proposito modificato il Codice civile francese limitando le facoltà dei tutori quanto al patrimonio mobiliare.

è dovuto un conguaglio dall'altro condividente, e non l'accorda a chi impresta ad altri il proprio danaro? Perchè questo zelo di ordinare al conservatore d'iscrivere di ufficio la ipoteca legale del venditore (art. 1985 Cod. civ.), mentre il venditore che non ha piena fiducia nella puntualità del compratore avrebbe modo di cautelarsi in altra guisa?

Nei casi in cui una garanzia è necessaria, le parti pensano da sè stesse a procurarsela; nei casi in cui non è necessaria, l'accordarla per disposto di legge si risolve in una inutile e spesso tediosa ingerenza del legislatore in interessi di mera indole privata.

Ogni qual volta viene presentato un atto di alienazione per la indispensabile formalità della trascrizione, si corre il pericolo di una forte spesa per la iscrizione della ipoteca legale semprechè l'alienante non abbia avuto la previdenza di rinunciare alla medesima dispensando il conservatore dall'obbligo di iscriverla; e nelle divisioni, per conguagli o rifacimenti di lieve entità, vengono vincolati con l'ipoteca legale del condividente interi patrimoni, con grave danno della speditezza degli affari e della commerciabilità degl'immobili.

È vero che limitando questa seconda ipoteca ai rifacimenti e conguagli, non estendendola anco alla garanzia reciproca delle quote per casi di evizione, alla quale pure avevano riguardo gli antichi privilegi ai quali fu sostituita (1), il legislatore nostro

(1) *Relazione Pisanelli*, 193: L'ipoteca legale del condividente fu poi limitata al solo pagamento dei conguagli e dei rifacimenti, cioè a quella parte dell'atto di divisione che racchiude sostanzialmente una vendita. Non si è creduto di mantenerla anco per la garanzia reciproca delle quote in caso di evizione, essendo sembrato contrario ad un buon sistema ipotecario che per una obbligazione meramente eventuale, che nel maggior numero dei casi non produce effetti, la legge stessa conceda una cautela la quale potrebbe, in progresso di tempo, sottoporre presso che tutto gl'immobili ad ipoteche generali gli uni verso gli altri. Quando vi esista realmente un pericolo di evizione, le parti possono provvedervi con ipoteca convenzionale od altrimenti ». Perchè non dire lo stesso quando è dovuto un conguaglio?

ne ha grandemente diminuito l' importanza; ma appunto perchè così diminuita d'importanza, poteva essere abolita senza danno, come poteva, senza danno, essere lasciata al venditore non soddisfatto la cura di cautelarsi caso per caso come meglio avesse creduto.

Le ipoteche di cui si tratta non sono a parer nostro giustificate da alcuna pressante necessità; soltanto l' abitudine inveterata e la forza della tradizione servono a far comprendere perchè, mentre riconoscevasi la necessità di abolire gli antichi privilegi, sono state scritte, in vece di questi, nell' art. 1969 Cod. civ. (1).

A ciò è da aggiungere che secondo i contratti di divisione dichiarativi non traslativi di proprietà (art. 1034 Cod. civ.) non

---

(1) È vero che il diritto romano non accordava al venditore quella ipoteca tacita che oggi è rimasta nel Codice civile italiano come facoltà d' iscrivere l' ipoteca legale e soltanto dichiarava non perfetta la traslazione del dominio se il prezzo non era pagato e se la vendita non era fatta *habita fide de pretio* (L. 19 D. *De contr. empt.*). Ma sotto l' impero del diritto comune fu generalmente introdotto il così detto riservo di dominio, che era una speciale preferenza accordata al venditore sul prezzo della cosa venduta in pregiudizio degli altri creditori del compratore, la qual preferenza non impediva che il dominio passasse in quest' ultimo. ZANCHIO, *De praelat. credit. exercit.*, 1, n. 38, 39: « Istaque reservatio dominii illa est, quae resolvitur in specialem hypothecam, quae dominii translationem non impedit, sed aere non soluto solam super re vendita praelationem attribuit pro pretio ». Da principio ciò facevasi per clausola espressa; ma poi si ebbe per sottintesa in tutti i contratti di compra e vendita, come oggi la condizione risolutiva nei contratti bilaterali (art. 1165 Cod. civ.). Su tutto ciò può consultarsi CHIESI, *Sistema ipotecario illustrato*, vol. I, p. 255, vol. II, p. 4. Anco il condividente non godeva in diritto romano di tacita ipoteca; la garanzia dovuta per i casi di evizione dava luogo soltanto ad un'azione personale. Il Codice civile ha convertito in ipoteca legale il relativo privilegio del Codice francese soltanto per ciò che riguarda i conguagli e rifacimenti. È pertanto un' applicazione del principio dell' ipoteca legale dell'alienante, perchè la divisione, in quanto per la non perfetta eguaglianza delle quote fa luogo a rifacimenti o conguagli in danaro, è una vera alienazione.

sono di regola sottoposti alla formalità della trascrizione, per la qual cosa la legge non dice chi abbia l'obbligo di operare l'iscrizione della ipoteca legale del condividente; ha certamente diritto di operarla il condividente al quale è dovuto il conguaglio; ma è facile osservare che tanto valeva lasciare alla sua iniziativa di cautelarsi caso per caso come meglio avesse creduto, senza render possibile l'iscrizione d'ipoteche, che per debiti di lieve entità — quali sono necessariamente i conguagli di cui si tratta — vincolano interi patrimoni (1).

46. Abolita, come si è detto, la ipoteca legale dello Stato, dei comuni e dei pubblici istituti sui beni dei loro agenti contabili, che fu dichiarata un soprappiù o vano o soperchio (2), fu introdotta nel Codice civile un'altra ipoteca legale a favore dello Stato

---

(1) Dalla osservazione fatta alla nota precedente, che cioè il contratto di divisione in quanto porta un rifacimento o conguaglio è sostanzialmente una vendita, si argomenta che sarebbe soggetto in questa parte alla formalità della trascrizione come atto traslativo di proprietà (art. 1932 n. 1 Cod. civ.). In tal caso il conservatore richiesto della trascrizione dell' atto qualificato come divisione sarebbe tenuto ad iscrivere d'ufficio l'ipoteca legale a favore del condividente in virtù dell'articolo 1985 Cod. civ.? È una questione che può dar luogo a dubbi; e che si sarebbe evitata se il legislatore non fosse stato tenero di tutelare interessi che non avevano speciale bisogno di essere tutelati.

(2) Relazione della Commissione senatoria n. 274: « Lo Stato come i corpi morali trovano agevoli i modi da provvedere alle più solide garanzie quanto alla gestione degli agenti contabili o per via delle cauzioni con deposito di danaro, o vincolo apposto alle cartelle del debito pubblico, o per via d'ipoteca speciale ». Lo stesso aveva detto il Pisanelli nella Relazione sul progetto del 3° libro del Cod. civ. n. 193: « Fu riputata inutile e dannosa quest'ultima ipoteca legale. Niuno meglio dello Stato e dei corpi morali ha il mezzo di ottenere cautele certe ed efficaci dagli amministratori contabili prima di ammetterli all'esercizio delle loro funzioni. L'ipoteca legale si risolve per essi in una cautela inutile o soverchia; inutile, se il valore dei beni dell'agente contabile trovasi già assorbito da altri crediti ipotecari; soverchia, se il valore libero dei medesimi eccede la responsabilità che potrà egli incontrare nell'esercizio delle sue funzioni ».

sui beni non già dei soli condannati ma altresì dei processati per reati che dànno luogo a mandato di cattura.

Questa ipoteca, che non era compresa nei vari progetti ministeriali, fu escogitata dalla Commissione senatoria, la quale ritenne non doversi lasciare senza garanzia ipotecaria il diritto del fisco per la riscossione delle spese di giustizia in materia penale. Fu da altri osservato non esser questa certamente una delle migliori innovazioni introdotte dalla Commissione senatoria (1); noi andiamo anche più in là e non ci peritiamo di affermare che fu indubbiamente la peggiore.

Quando vi è la condanna, l'ipoteca legale è inutile perchè può iscriversi la ipoteca giudiziale sui beni del condannato; quando non vi è la condanna, l'ipoteca legale è dannosa e vessatoria, perchè è ammessa la sua iscrizione sul patrimonio di uno che può dai giudici essere dichiarato innocente del delitto pel quale è stato contro di lui rilasciato il mandato di cattura.

Si è tentato di giustificare questa disposizione del legislatore nostro, equiparando il mandato di cattura alla flagranza e qualificando la ipoteca come un provvedimento meramente conservativo (2); ma è facile rispondere che l'arresto in flagrante presuppone, per implicito necessario, la colpabilità, e può fino ad un certo punto giustificare la iscrizione della ipoteca legale prima che sia intervenuta la condanna; ma che non può autorizzarla il mandato di cattura che può essere spiccato in pregiudizio di un innocente: l'essere accusato di un delitto non stabilisce una presunzione così stringente di colpabilità, da autorizzare un così odioso provvedimento qual'è la iscrizione della ipoteca legale.

Si è anche tentato di giustificare l'ipoteca legale di cui si tratta facendo osservare che essa giova non soltanto allo Stato per le spese di giustizia, ma anco alla parte civile pel risarcimento

(1) POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 136.

(2) BORSARI, *Commento dell'art.* 1969, n. 5, § 4199.

dei danni aggiudicati con la sentenza di condanna (1); e che la legge, dichiarando che alle spese di giustizia e al risarcimento dei danni sono preferite le spese della difesa, rese omaggio al sacro diritto di quest'ultima (2).

Vane parole! Finchè non vi è condanna non vi può essere ipoteca, e quando vi è condanna supplisce largamente al bisogno la ipoteca giudiziale (3).

47. La ipoteca giudiziale, che non è di origine romana ma

---

(1) La legge francese 5 settembre 1807 stabilendo nello stesso senso un privilegio generale sui mobili del condannato, si era preoccupata soltanto dell'interesse dello Stato e aveva trascurato del tutto quello della parte danneggiata. In questo senso può dirsi che il Cod. civ. ital. abbia introdotto una utile innovazione (confr. Cod. napolet. art. 1975, 1988 e seg.).

(2) Relazione senatoria, loc. cit.: « Ordinando cotesta ipoteca legale si è provveduto a tre obietti: si è in primo luogo segnato il termine della iscrizione della ipoteca; si è secondariamente ammessa l'ipoteca legale in prò della parte civile pel rifacimento dei danni aggiudicati con la sentenza di condanna; in terzo luogo è sancito che le spese di difesa acquistano prelazione sulle spese di giustizia e fu un omaggio reso al sacro diritto della difesa ».

(3) Il POCHINTESTA (*loc. cit.*) osserva ancora che non vi è ragione di preferire coloro che sono danneggiati da un delitto agli altri creditori personali del condannato, e soggiunge che la preferenza accordata a una difesa che pure non riescì ad impedire la condanna non è giustificata in modo alcuno. Ma noi siamo ben lontani dall'approvare sì fatte osservazioni. Non la prima, perchè colui che è danneggiato da un delitto diviene creditore contro la volontà sua e non può equipararsi a coloro che hanno spontaneamente corso la fiducia del condannato prestandogli il loro danaro; non la seconda, perchè la difesa degli accusati è realmente un sacrosanto dovere sociale e merita lode la legge per averla resa più facile e più efficace con la citata disposizione. Le ragioni per avversare l'ipoteca legale dell'art. 1969 n. 5 non sono quelle espresse dal citato scrittore; sono di altra natura e di carattere più elevato. Prima di tutte quella dichiarata nel testo, che il legislatore stabilisce un inutile surrogato della ipoteca giudiziale. In secondo luogo quest'altra, che la garanzia è nella maggior parte dei casi illusoria, essendo rarissimo il caso che s' iscrivano sì fatte ipoteche.

francese (1), è stata ed è fieramente combattuta presso quei popoli i cui legislatori non si sono peranche decisi ad abolirla (2).

Le considerazioni per le quali si combatte questo istituto e se ne reclama l'abolizione sono in parte d'indole teorica, in parte d'indole pratica.

Dal punto di vista teorico si dice che le sentenze non hanno lo scopo di attribuire diritti, ma bensì lo scopo del tutto diverso

---

(1) Lo dimostra chiaramente il CHIESI (*op. cit.*), sulla scorta del TROPLONG (art. 2123, n. 435 *bis*). Il pegno pretorio *in causa judicati*, e il pegno giudiziale *ob executionem rei judicatae*, erano cose ben diverse. Essi non nascevano *ipso jure*, come la ipoteca giudiziale, dal giudicato, ma erano espressamente ordinati dal giudice, il primo come misura conservativa, il secondo come provvedimento di esecuzione, che ordinariamente era dato in un giudizio apposito successivo a quello di condanna (L. 8 C. *De exec. rei jud.*), straordinariamente nella stessa sentenza che conosceva del merito (L. 82 D. *De judiciis*, L. 50 D. *De eviction.*) L'*actio judicati* era meramente personale. È dunque vero quello che dice il TROPLONG e riporta il CHIESI: « On peut dire que cette hypothèque judiciaire est purement du droit francais ». Erra però il primo di questi scrittori citando le leggi ipotecarie francesi 9 messidoro anno III, 11 brumaio anno VII, come fonti di questa istituzione: esse non fecero che mantenerla; la sua origine non va ricercata in queste leggi, bensì nelle antiche ordinanze dei Re di Francia. Della ipoteca si abusava in quello Stato sì fattamente, che ogni obbligazione contratta dinanzi a notaro produceva di diritto ipoteca tacita e generale su tutti i beni presenti e futuri del debitore. Parve che *a fortiori* le sentenze, ritenute più autorevoli dei rogiti notarili, dovessero produrre lo stesso effetto. Per questo l'art. 53 della ordinanza di Moulins (a. 1566) introdusse la ipoteca giudiziale come è oggi intesa, cioè come diritto di assicurazione del credito che colpisce i beni del debitore in virtù della sentenza di condanna, indipendentemente dalla espressa pronunzia del giudice.

(2) Fra gli Stati governati da codici ispirati al sistema del Codice civile francese hanno abbandonato la ipoteca giudiziale, riconoscendola più dannosa che utile, l'Olanda fino dal 1838, il cantone di Ginevra fino dal 1851, il Belgio fino dallo stesso anno, la Rumenia fino dal 1854. Delle legislazioni germaniche è superfluo parlare essendo esse ispirate a concetti del tutto diversi.

di definire le controversie pronunciando su diritti preesistenti (1); che l'ipoteca giudiziale viola il principio di ragione comune non dovere la cosa giudicata pregiudicare l'interesse di chi è rimasto estraneo al giudizio (2); che se l'azione è diretta a rendere migliore non deteriore la causa di chi la promuove (3), ciò deve intendersi, non già nel senso di acquistare diritti nuovi, ma bensì nel senso di conservare i diritti in precedenza acquistati, e di porli al sicuro contro il pericolo della decadenza o della prescrizione (4).

Dal punto di vista pratico si dice ingiusto che fra più creditori i quali hanno corso egualmente la fiducia dello stesso debitore, accordandogli il loro danaro senza garanzia reale, sia preferito agli altri quello che è più sollecito ad ottenere una sentenza e ad iscrivere in base alla medesima l'ipoteca giudiziale. In questo senso tale ipoteca fu a ragione qualificata come il premio di una corsa, nella quale non sempre arriva per primo chi per l'anteriorità del credito o per l'autenticità del titolo avrebbe diritto di essere preferito. La maggiore o minore diligenza del procuratore incaricato di provocare la sentenza, la necessità di accordare un termine a comparire più o meno lungo, la stessa sollecitudine maggiore o minore del magistrato nel proferire la sentenza domandata, la rapidità nell'adempiere le formalità occorrenti per ottenere l'iscrizione, fanno sì che fra due creditori che si trovavano in perfetta eguaglianza di diritti, uno abbia completo pagamento del suo credito e l'altro perda integralmente il suo.

La regola generale è che i beni del debitore sono la comune

---

(1) L. 1, D. *De re judicata:* « Res judicata dicitur, quae finem controversiarum pronunciatione judicis accipit, quod vel condamnatione vel absolutione contingit ».

(2) L. 10 D. *Exceptionib.:* « Res inter alios judicata, aliis non obest ».

(3) L. 29 D. *De novationib.:* « Neque enim deteriorem causam nostram facimus, actiones exercentes, sed meliorem ».

(4) Chiesi (*loc. cit.*) in confutazione del Troplong (*loc. cit.*).

garanzia dei suoi creditori e che tutti vi hanno eguale diritto (articolo 1949 Cod. civ.); derogare a questa regola, ispirata a un evidente principio di giustizia, perchè uno dei creditori è stato cauto di esigere preventivamente una speciale garanzia, che il debitore ha concesso (ipoteca convenzionale); derogarvi per favorire certi crediti in vista della loro causa (privilegio), o della protezione accordata a certe categorie di persone (ipoteca legale), è naturale e giusto; ma derogarvi unicamente perchè un creditore, dopo aver corso, alla pari degli altri, la fiducia del debitore, è riuscito ad ottenere, prima degli altri, la sentenza di condanna, è un dare al caso una prevalenza che non dovrebbe avere in così importante e delicato argomento. La esperienza insegna che d'ordinario i più meritevoli di riguardo non sono i più fortunati nel palio, e che riescono ad iscrivere l'ipoteca i creditori più molesti e più esigenti, cagionando, appunto per la molestia ed esigenza loro, l'estrema rovina del debitore.

Un altro grave inconveniente della ipoteca giudiziale è questo, che data la possibilità di procurarsi con essa un diritto di prelazione, quando un debitore vien meno ai suoi impegni, tutti i creditori si affrettano a provocare la sentenza per tentare di ottenere la precedenza, sicchè il debitore rimane oppresso sotto uno spaventoso cumulo di spese, che rende nella maggior parte dei casi impossibile la sistemazione dei suoi interessi.

Si obbietta che l'ipoteca giudiziale vale a impedire che il debitore con atti simulati o fraudolenti di alienazione o di mutuo renda illusoria la sua condanna; ma è facile rispondere che a ciò provvedono in parte, non soltanto i principii generali sulla revoca degli atti fraudolenti (art. 1235 Cod. civ.) e sulla inesistenza degli atti che hanno una causa falsa e simulata (art. 1119 Cod. civ.), quanto ancora gli effetti accordati alla trascrizione del precetto immobiliare (art. 2085 Cod. civ.); e che d'altronde, abolendo la ipoteca giudiziale, converrebbe pur sostituirle un istituto che avesse, nelle materie civili, i vantaggiosi effetti che ha la dichiara-

zione di fallimento nelle materie commerciali. È infatti strano ed ingiusto che il legislatore nostro, il quale attribuisce tanta importanza alla cessazione dei pagamenti del commerciante, e priva il fallito della disponibilità dei suoi beni, fissando irrevocabilmente la condizione dei suoi creditori, non crei un corrispondente stato di decozione in materia civile, non si preoccupi di definire l'insolvenza di chi non è commerciante, e lasci liberi i suoi creditori di procurarsi, gli uni in pregiudizio degli altri, delle odiose preferenze.

Le legislazioni germaniche hanno anco in materia civile la procedura di concorso, ordinata in modo che risponde ottimamente allo scopo di evitare fra più creditori di uno stesso debitore le stridenti diseguaglianze che derivano dalla ipoteca giudiziale; e noi non possiamo che far voti perchè in una eventuale riforma del sistema ipotecario vigente in Italia si tenga conto di così preziosi ammaestramenti (1).

48. Gli argomenti dei fautori della ipoteca giudiziale sono così riassunti dal Pochintesta (2): 1. Se l'ipoteca giudiziale venne dopo quella derivante dagli atti notarili, per conservare la prima, dopo che ha cessato la seconda, basta riflettere che la parola di un giudice è più autorevole di quella di un notaio; e non essendo mai soverchia l'assistenza alla cosa giudicata, il legislatore può accordare alle sentenze del giudice una sanzione che nega agli atti notarili (3); 2. Non osta il principio che le sentenze sono dichiarative non attributive di diritti; il diritto del creditore è sempre quello resultante dal contratto originario; soltanto, dopo la condanna, l'obbligazione del debitore diviene più stretta e per-

(1) Porge di ciò un esempio degno di essere imitato il recente Codice civile spagnuolo (14 luglio 1889). Confr. su ciò il nostro *Studio analitico* su questo Codice, p. 141 e seg. (Firenze, Pelas, 1891).

(2) *Op. cit.*, I, 185.

(3) PONT, *op. cit.*, XI, 569.

ciò il legislatore vi aggiunge una nuova sanzione, una nuova garanzia (1); 3. Della ipoteca giudiziale niuno può lagnarsi: non il debitore, che non ha pagato a tempo debito; non i creditori iscritti precedentemente, che conservano le loro priorità; non i creditori chirografari, che affrontarono i pericoli del credito personale e che d'altra parte possono alla loro volta procurarsi la stessa garanzia (2); 4. L'ipoteca giudiziale è utile al debitore in quanto il creditore che si è assicurato con essa non si affretta a proce-

---

(1) TROPLONG, *op. cit.*, 435 *bis*. In questo stesso ordine d'idee l'illustre PESCATORE, nella sua *Logica del diritto* (vol. I, p. 213) così ebbe ad esprimersi: « Il diritto senza garanzia è un nudo nome: e la garanzia del diritto ha necessariamente per base o il *credito personale* o una *cauzione reale*; dove l'uno manchi, l'altra succede. Per vero chi dà a mutuo senza ipoteca, il fa perchè stima abbastanza garantito il suo diritto dal *credito personale* del mutuatario; se questo, al termine convenuto, vien meno alla fede riposta in lui, e così toglie al creditore la garanzia da lui accettata, il *credito personale*, incontra *ipso facto* l'obbligazione di dare l'altra cauzione, la *cauzione reale*, e la sentenza che autorizza l'iscrizione ipotecaria non fa che dichiarare e mettere ad effetto l'obbligazione di permetterla, nata *ex post facto* dal mancamento di fede del debitore. Onde si scorge quanto vano sia l'obiettare che le sentenze essendo meramente dichiarative non possano trasformare il diritto personale in diritto reale. Poniamo che il mutuante senza ipoteca abbia però stipulato che mancando il debitore alla data fede, sino a rendere necessario un giudizio e una sentenza di condanna contro di lui, fosse tenuto a dare ipoteca. Non è egli vero che la sentenza di condanna, accertando l'avvenuta condizione e la promessa ipoteca, ne dovrebbe autorizzare l'iscrizione e pur non trapasserebbe l'ufficio e i confini di provvedimento dichiarativo? Ora la stessa ragion naturale ci persuade, che una simile stipulazione vuol'essere sottintesa in ogni atto fondato sul credito personale; perocchè niuno stipula senza garanzia e lo stipulatore spogliato per il fatto del debitore di quella cauzione personale, a cui per tratto di lodevole confidenza consentì dapprima di affidare il proprio diritto, dovrebbe immediatamente essere risarcito con un'altra cauzione a titolo d'indennità se la suaccennata tacita condizione non si volesse presumere ».

(2) PONT, *op.* e *loc. cit.*

dere alla esecuzione (1); 5. S' invocano per ultima la perplessità dei legislatori che vollero abolirla e la difficoltà di surrogarle un istituto diverso (2).

La risposta a questi diversi argomenti si presenta facile e piana quanto altra mai.

La parola del giudice non è più autorevole di quella del notaio, perchè la sentenza ha la stessa forza esecutiva del rogito notarile (art. 554 Cod. proc. civ.); del resto anche il giudice può essere tratto in inganno e pronunziare sentenze che non rispondono al vero, quando il debitore collude con creditori supposti per danneggiare i veri, e crea dei titoli di debito antidatati onde i primi possano iscrivere le ipoteche giudiziali in pregiudizio dei secondi.

La obbligazione non diviene più stretta in virtù della sentenza di condanna; si sa che il contratto legalmente formato ha forza di legge per coloro che l'hanno fatto (art. 1123 Cod. civ.); si vuol forse sostenere che la sentenza ha più efficacia della stessa legge? La sentenza non fa che confermare l'obbligazione, condannando ad eseguirla il debitore inadempiente; altro è eseguire, altro è garantire. Non può dirsi d'altronde che l'ipoteca giudiziale sia fondata sulla presunta volontà delle parti, in quanto, venendo meno la prima base della contratta obbligazione, che è il credito personale, si debba sostituire la seconda che è la cauzione reale: ciò sta bene se si è espressamente stipulato: ma se manca la espressa stipulazione, se il creditore non ha avuto tanta preveggenza, o se si tratta di una obbligazione che non ha origine da convenzione, non è lecito supporre una volontà che non ha avuto occasione di manifestarsi e che si risolve nell'attribuire alla pronunzia del giudice un effetto esorbitante, nel creare una odiosa e

(1) POCHINTESTA, *op.* e *loc. cit.*

(2) Il PONT (*op. cit.*, XI, 575) parlando della riforma operata nel Belgio dice esservi in quel paese dei riformatori « *qui en sont à regretter leur triomphe* » e cita in proposito il MARTOU, *Priv. et hyp.*, 698.

spesso rovinosa diseguaglianza fra persone che dovrebbero essere dalla legge mantenute in quella perfetta parità di circostanze in cui le pone il fatto di essere creditori personali dello stesso debitore nel momento critico in cui questo vien meno ai propri impegni e si trova nella impossibilità di serbare la fede in lui ripposta.

Non è questione dei creditori ipotecari anteriori nè di coloro che divengono creditori dopo che la ipoteca giudiziale è stata iscritta; è questione precisamente dei creditori chirografari, che si trovavano nella identica situazione del creditore iscrivente, i quali, pel fatto della iscrizione, vengono a trovarsi in una manifesta condizione d'inferiorità; possono alla loro volta procurarsi la stessa garanzia, ma non a fatti, a semplici parole, dal momento che non possono conseguire lo stesso grado ipotecario.

Non occorre finalmente preoccuparsi dell' interesse del debitore il quale, avendo mancato ai contratti impegni, non merita riguardo; e d'altronde la esperienza insegna che per un caso in cui la iscrizione della ipoteca giudiziale libera il debitore dalla continuazione degli atti esecutivi, e rende possibile la sistemazione dei suoi interessi, in cento casi invece l'iscrizione di un' ipoteca giudiziale è la scintilla che suscita la gran fiamma; tutti i creditori si affrettano a seguire l' esempio del primo, e il debitore perde ogni via di scampo per il sopravveniente discredito e per il cumulo enorme di spese giudiziali che si aggiungono alle altre passività. I casi nei quali l' ipoteca giudiziale serve ad arrestare l'azione del creditore sono quelli in cui non vi ha pericolo di perdita, perchè non vi ha eccedenza di passivo nè concorso di creditori; e in tali casi si può raggiungere lo stesso scopo con la costituzione di una ipoteca convenzionale.

Non vale per ultimo invocare la perplessità di quei legislatori, che vollero abolire la ipoteca giudiziale, nel surrogarle un altro efficace mezzo di garanzia. Nel Belgio, quando fu discussa e votata, nel 1851, la legge ipotecaria, la ipoteca giudiziale fu sop-

pressa senza difficoltà e senza surrogati; quando poi venne in discussione la legge sulla espropriazione forzata, nel 1854, fu stabilito che dalla data della trascrizione del precetto gl' immobili colpiti dal medesimo restassero sequestrati a profitto di tutti i creditori chirografari onde tutti potessero ottenere collocazione proporzionale sul loro prezzo nel successivo giudizio di graduazione, dopo soddisfatti, ben si comprende, i creditori anteriormente iscritti.

49. La importante questione è stata, non ha guari, dottamente discussa in Francia, in seno alla Commissione che studia la formazione del nuovo catasto e la istituzione dei libri fondiari. Quella Commissione, ove figurano i più eminenti giuristi ed economisti di quella grande nazione, riconobbe fino dall' inizio dei suoi lavori che non si potrebbero introdurre in Francia i libri fondiari, basati sul principio della più estesa pubblicità, senza modificare sostanzialmente il sistema ipotecario che ammette, come già abbiamo osservato, le ipoteche occulte e generali. Fra le modificazioni proposte vi fu appunto l'abolizione della ipoteca giudiziale contro la quale il commissario Challamel pronunziò nella seduta del 23 luglio 1891 (1) una eloquentissima requisitoria.

Facendo tesoro delle discussioni avvenute quarant' anni innanzi all'assemblea legislativa, che terminarono con un voto nel senso dell'abolizione, rimasto poi senza effetto per la variata forma di governo (2), invocando il principio di eguaglianza che deve regnare fra i creditori chirografari (3), dimostrando l'inapplicabilità

(1) *Procès verbaux* cit., fasc. I, p. 305 e seg.

(2) Proposition de loi sur les privilèges et hypothèques déposée le 2 juin 1849 par M. Pougeard représentant du peuple—Rapport du 25 avril 1850 par M. Vatimesnil, représentant du peuple, au nom de la Commission chargée d'examiner la proposition de M. Pougeard et le projet de loi du gouvernement sur les privilèges et hypothèques—Projet de loi sur les privilèges et hypothèques presenté par le gouvernement (Atti parlamentari francesi del tempo, nn. 7, 979, 915).

(3) « Dans notre droit moderne, la règle fondamentale entre créanciers, c'est l'égalité. Nous sommes plusieurs qui avons fait crédit à une même per-

dell'adagio *jura vigilantibus adsunt*, perchè la vigilanza deve avere per effetto la conservazione dei propri diritti, non l'acquisto di diritti nuovi in pregiudizio altrui, il commissario Challamel qualificava la ipoteca giudiziale come capace di dar luogo a un deplorevole *steeple-chase* in cui non sempre i più meritevoli sono i più fortunati, dimostrando non avere essa niuna relazione col *pignus ex causa judicati captum* dei romani, essere essa sorta dalle ordinanze di Villers-Cotterets e di Moulins, per l'unica ragione che avendo gli atti notarili, all'epoca in cui quelle ordinanze furono emanate, l'esorbitante effetto di attribuire al creditore una tacita e generale ipoteca su tutti i beni presenti e futuri del debitore, si ritenne indispensabile accordare eguale efficacia, con la prima, alle verificazioni di scritture fatte in giudizio, con la seconda alle sentenze, il commissario Challamel osservava che l'ipoteca giudiziale era stata conservata nel Codice Napoleone in virtù di un equivoco (1); e confutando l'unico obietto possibile,

sonne et cette personne ne peut remplir tous ses engagements; il faut que nous perdions quelque chose, nous perdions proportionellement à l'importance de nos créances... Dira-t-on que le jugement par lequel un créancier obtient condamnation contre un débiteur peut être considéré comme une cause légitime de préférence? Voici comme s'exprime à cet égard M. Laurent, l'illustre professeur de Gand: *Par lui même, le jugement est tout à fait étranger au droit de préférence qu'un créancier réclame contre les autres créanciers. Cette préférence ne peut résulter que de la convention, de la loi, ou du testament. Or, quand le créancier poursuit sont débiteur en justice, il n'y a pas de convention qui lui donne hypothèque; il est simple créancier chirographaire, et, comme tel, il n'a qu'un gage général sur les biens de son débiteur. Si celui-ci est insolvable, le créancier qui le poursuit vient à contribution avec les autres créanciers. De quel droit change-t-il ce gage général, qui ne lui donne aucune préférence, contre une hypothèque judiciaire qui lui assure une préférence? C'est modifier la loi du contrat au préjudice de la masse chirographaire, ce qui n'est conforme ni à la justice ni à l'equité* ».

(1) Treilhard, uno degli autori del Codice, scrisse nel suo rapporto che le sentenze non potevano avere efficacia minore degli atti autentici! Quasi che l'atto autentico producesse sempre ipoteca sui beni del debitore come nel secolo XVI, quando furono emanate le ordinanze ricordate nel testo!

cioè la necessità di tutelare i creditori contro le alienazioni che il debitore può compiere in suo pregiudizio, col dire che siffatto scopo doveva raggiungersi, non coll'attribuire a uno di essi una ingiusta preferenza in danno degli altri, ma bensì col divieto di alienare stabilito in vantaggio di tutti (1), concludeva fra gli applausi della maggioranza dei commissari per la soppressione della ipoteca giudiziale (2).

La proposta fu debolmente combattuta dai commissari Dauphin e Millaud, i quali osservavano che una riforma così radicale non

---

(1) Già la legge francese sul credito fondiario erasi posta su questa via: « Pour éviter la fraude, rendez l'immeuble indisponible, et cela dès le commencement des poursuites. Dans le decret qui a institué le Crédit foncier, on a autorisé cet établissement, le jour même ou il a fait un commandement au débiteur, à l'inscrire au bureau de la conservation: à partir de l'inscription de ce commandement, plus d'hypothèque, plus d'aliénation possible; c'est un système peut-être rigoureux pour le débiteur, mais il est defendable » (CHALLAMEL, *loc. cit.*).

(2) Appena si fu seduto il commissario CHALLAMEL, si alzava il commissario FLOUR DE SAINT-GENIS e proferiva queste importanti parole che rispondono a quello che sulla riforma ipotecaria del Belgio era stato affermato dal PONT (Ved. sopra p. 105 nota 2): « Messieurs, M. Challamel, dans son discours si ingenieux et si précis, a invoqué l'autorité de M. Laurent, lorsqu'il demandait la suppression de l'hypothèque judiciaire: permettez-moi de vous dire quelle était l'opinion de M. Laurent, une fois la réforme obtenue en Belgique. M. Laurent, l'eminent et regretté professeur de l'Université de Gand, à qui j'avais demandé pour mes travaux quels avaient été en Belgique les conséquences de la suppression pure et simple de l'hypothèque judiciaire, cette hypothèque creé en France en 1539 par application du principe féodal *qui a le juge a le droit*, et qui n'a plus de raison d'être dans une société ou la liberté des contrats et le simple consentement constituent le droit commun, et l'intervention de la justice l'exception, me répondit par une lettre du 4 février 1880: « *Trois mots suffiront. On ne s'aperçoit pas, en Belgique, de l'abrogation de l'hypothèque judiciaire. Quand la loi ne veille pas aux intérêts des particuliers, ils y veillent eux-mêmes ce qui vaut infiniment mieux* ». Ils en sera, je crois, de même en France, et le plaideurs déjà écrasés par les frais de justice seront délivrés d'une mesure qui aggravait leur position et devenait trop souvent le prétexte de vexations inutiles » (*Très bien*).

sarebbe approvata dal parlamento (1); il senatore Millaud ripetè ancora il ragionamento del nostro Pescatore sulla cauzione reale che deve sostituirsi alla fiducia personale quando questa vien meno; ma la commissione a grandissima maggioranza si mostrò favorevole alla soppressione, che non fu votata seduta stante, perchè fu approvata una proposta del commissario Neymarck così concepita: « *Avant de voter la suppression ou la modification de l'hypothèque judiciaire, indiquer les procédés par lesquels elle sera remplacée* » (2).

---

(1) Il senatore Dauphin, che in quel giorno funzionava da presidente, per l' assenza del presidente effettivo Leon Say, non potè fare un discorso. Si limitò ad esprimere la sua opinione contraria, paragonando le ipoteche giudiziali....... alle sotto-prefetture: « Je suis convaincu que vous allez perdre toutes vos réformes par le vote que vous paraissez devoir émettre sur l' hypothèque judiciaire, et que jamais vous n' obtiendrez du Parlement la rénonciation à cette hypothèque, pas plus que vous n' obtiendrez la suppression des Sous-Préfets (*Hilarité générale*) ». (*Procès verbaux*, fascic. I, p. 311).

(2) *Procès-verbaux*, fascic. I, pag. 325. Sono degne di nota le seguenti parole proferite dal commissario Léon Michel nella seduta di cui si parla: « Je vois qu'adversaires ou partisans de l'hypothèque judiciaire nous sommes tous moins préoccupés du sort du débiteur que de célui des créanciers. Il faut avant tout assurer l'éxecution des conventions et le payement des dettes. Mais ne se fait-on pas illusion sur la valeur de l'hypothèque judiciaire à ce point de vue et ne lui prête-t-on pas une utilité qu'elle n'a pas? On nous a parlé tout à l' heure de l' insolvabilisation du débiteur, qui reduit à rien le gage des créanciers. Mais à quelle époque se produit cette insolvibilisation? C' est pendant la poursuite: et l'hypothèque judiciaire est parfaitement impuissante à empêcher cette dissimulation de l' actif. Le débiteur de mauvaise fois a pris ses précautions bien avant le jour du jugement et l'hypothèque judiciaire arrive trop tard. Pas pour tout le monde, cependant, car le débiteur a pu laisser au grand jour une partie de sa fortune; mais les hommes d'affaires viendront, et ce qu'il n'aura pas dissimulé sera bien vite mangé. Il y a plus. Je prétend que l'hypothèque judiciaire peut servir dans certains cas, à tromper les créanciers. J'ai entendu parler, en effet, d'hypothèques judiciaires de complaisance. Le débiteur, avec la connivence d'autres créanciers, se fait condamner sur une

In questo senso fu presentato un rapporto, compilato dal commissario Challamel, nella seduta del 26 novembre 1891 (1).

Il comitato di studio e di redazione considerando da un lato come l'ipoteca giudiziale non dovesse essere conservata, perchè lesiva del principio di eguaglianza, come dall'altro fosse necessario surrogarle un altro istituto che assicurasse la esecuzione dei giudicati, togliendo al debitore, al momento della sopravvenuta insolvenza, la disponibilità dei suoi beni, propose, a voti unanimi, di sostituire all'articolo 2123 del Codice civile francese il seguente: « Tout créancier, dont la créance est exigible et dont le titre est exécutoire dans les termes des articles 2213 et 2215 du Code civil et 551 du Code de procédure civile, peut requérir aux bureaux des hypothèques l' inscription du commandement qu' il a fait signifier à son débiteur. — L' effet de cette inscription est limité aux immeubles spécialement designés dans le commandement et situés dans le ressort du bureau où elle est réquise. Il subsiste pendant un délai de deux ans, à partir du commandement, nonobstant la perention qui atteindrait ce dernier en vertu de l' article 674 du Code de procédure civile — A partir de l' inscription, le débiteur ne peut consentir d' hypothèques ou autres droits réels sur les immeubles qui en sont frappés; il ne peut non plus les aliener, si ce n' est aux enchères publiques, dans la forme indiquée à l' article 743 du Code de procédure civile, et à la condition d'appeler à la vente tous les créancies qui ont inscrit leur commandement. Les alienations amiables et les constitutions d'hypothèques ou autres droits réels sont néanmoins valables, s' il y a mainlevée de toutes les inscriptions de com-

---

poursuite qui n'est pas sérieuse, et à l'hypothèque judiciaire de ses veritables créanciers oppose celle qui a été acquise au profit d'un compère. De telle sort qu' en dehors de la complication des ordres et de l' augmentation des frais, l' hypothèque judiciaire peut encore présenter cet inconvénient de servir, dans certains cas, comme un instrument de fraude ».

(1) *Procès-verbaux*, fascic. II, pag. 205 seg.

mandement prises sur l'immeuble. — Le prix de l'immeuble, après l'acquittement des créances privilegiées et des créances hypothècaires antérieurement inscrites, est distribué entre tous les créanciers par voie de contribution.—L'hypothèque judiciaire est abrogée ».

Si proponeva in sostanza lo speciale provvedimento conservativo che era già stato adottato in Francia per le sole esecuzioni immobiliari promosse dal credito fondiario (1), e che il legislatore belga aveva inserito nella legge sulla espropriazione forzata del 15 agosto 1854, dopo avere abolito puramente e semplicemente l'ipoteca giudiziale con la legge ipotecaria del 1851.

La proposta fu discussa nella seduta del 3 novembre 1892, e adottata nelle sue linee fondamentali a grande maggioranza, dopo un accurato esame della questione (2).

50. Gli argomenti posti in nuova luce nella importante discussione che ci siamo permessi di ricordare, sono una decisiva e categorica condanna della ipoteca giudiziale, e da questo punto di vista, non esitiamo ad affermare che tale istituto, in aperta contradizione con la essenza del diritto reale d'ipoteca, ha fatto il suo tempo, e che la sua abolizione non può più a lungo essere ritardata neanche in Italia. Non ci sembra però che la commissione francese sia stata egualmente felice nel proporre un surrogato all'istituto da abolirsi. L'iscrizione del *commandement*, sia che possa farsi subito dopo la sua notificazione, sia che debba farsi dopo un certo termine, come per ultimo deliberò la commissione, non è che un equivalente della trascrizione del precetto immobiliare già ammessa dagli art. 1933 n. 1 e 2085 del nostro Codice, è più in alto che bisogna mirare; è della definizione dello stato di solvenza del debitore civile che bisogna occuparsi, creando uno

(1) Decreto 28 febbraio 1852, art. 34: « A compter du jour de la transcription du commandement, le débiteur ne peut aliener au préjudice de la société les immeubles hypothèqués ni les grever d'aucun droit réel ».

(2) *Procès-verbaux*, fascic. III, pag. 45-64.

stato di diritto corrispondente allo stato di fallimento del commerciante, fissando irrevocabilmente, da un dato momento, le sorti dei creditori chirografari, privando il debitore, non soltanto della disponibilità, ma altresì dell'amministrazione delle cose sue.

L'art. 2085 Cod. civ., nella parte in cui dichiara che il debitore rimane in possesso dei beni colpiti dalla trascrizione del precetto come sequestratario giudiziale, dà nella pratica deplorevoli resultati. Come vi si è derogato in favore degl' istituti di credito fondiario con l'art. 23 lett. *b* della legge 22 febbraio 1885, n. 2922, vi si dovrebbe derogare per tutti indistintamente i creditori non soddisfatti, che hanno tutti un eguale diritto a una protezione efficace per parte del legislatore.

Le legislazioni germaniche offrono, su questo punto importantissimo di tecnica legislativa, esempi degni di studio e d'imitazione, che ci asteniamo dal ricordare per non discostarci troppo dal nostro argomento.

SEZIONE II

IPOTECHE LEGALI.

SOMMARIO

51. Divisione della materia.

51. Il Codice civile italiano concede la facoltà d'iscrivere ipoteca, indipendentemente dalla esistenza di una convenzione o di una sentenza di condanna, in cinque casi distinti, enumerati nell' art. 1969.

Di ciascuno conviene tenere separato discorso.

§ 1.

Ipoteca legale dell' alienante.

SOMMARIO

52. Disposizione della legge.

52. In primo luogo il legislatore dichiara che dell' ipoteca legale godono il venditore od altro alienante, sopra gl' immobili alienati, per l' adempimento degli obblighi derivanti dall' atto di alienazione (art. 1969 n. 1 Cod. civ.).

In questa disposizione si ha riguardo alla causa del credito, che nelle altre legislazioni, ispirate agli stessi concetti direttivi della nostra, era privilegiato (1); la trasmissione della proprietà immobiliare si è ritenuta meritevole di questa speciale protezione (2); considerato che l' alienante arricchisce il patrimonio del debitore con l' immobile che gli trasmette, e che perciò deve avere, indipendentemente dalla espressa stipulazione, la possibilità di procurarsi su questo immobile uno speciale diritto di preferenza, onde gli altri creditori non migliorino a sue spese la loro condizione, facendogli concorrenza sul prezzo dell' immobile anco per la parte non soddisfatta dall' acquirente, comune debitore (3).

---

(1) PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 119.

(2) POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 138.

(3) MELUCCI, *op. cit.*, lez. IV, n. 2. Gli scrittori generalmente parlano come se l'ipoteca legale spettasse indipendentemente dalla iscrizione; ma questo concetto, se è vero pel Codice francese, non lo è fortunatamente pel nostro; pel quale l'ipoteca legale è una mera facoltà d' iscrivere, assicurata, in determinati casi, imponendo a certe persone l'obbligo di prendere l'iscrizione. Non possiamo per conseguenza menar buona la espressione del MIRABELLI: « *Hanno ipoteca legale, senza necessità di alcuna stipulazione*, ecc. » (*op. cit.*, pag. 33); lo dice, è vero, anco l' art. 1969; ma in un trattato scientifico si richiede una precisione di linguaggio che non sempre si può esigere dal legislatore.

Per commentare rettamente la disposizione da noi presa in esame, dobbiamo instaurare le seguenti ricerche:

a) Quali alienazioni dànno luogo a questa ipoteca legale;

b) Su quali beni può essere iscritta;

c) Per garanzia di quali obbligazioni.

Esaurite queste ricerche parleremo separatamente degli effetti che esercita in questa materia la specialissima disposizione dell'articolo 1942 capoverso Codice civile.

A

Quali alienazioni dànno luogo a questa ipoteca legale.

SOMMARIO

53. Spetta ad ogni alienante, anco a titolo gratuito — 54. Alienazioni a titolo oneroso — 55. *Datio in solutum* — 56. Vendita con patto di riscatto — 57. Costituzione di rendita — 58. Alienazione parziale — 59. La domanda di risoluzione esclude l'azione ipotecaria — 60. Diritti frazionari del dominio — 61. Comunione coattiva di muri divisori — 62. Rendita vitalizia assicurata al coniuge superstite — 63. Vendita all'incanto. Purgazione — 64. Espropriazione per utilità pubblica — 65. Rinuncia.

53. L'ipoteca legale di cui si tratta non spetta soltanto al venditore, ma spetta in genere ad ogni alienante di beni immobili; la espressione adoperata dal legislatore è generale e perciò comprende, nella sua generalità, tanto l'alienazione a titolo oneroso quanto l'alienazione a titolo gratuito.

Una ragione di dubitare, per ciò che attiene all'alienazione a titolo gratuito, potrebbe desumersi dal fatto che questa alienazione, appunto perchè a titolo gratuito, non induce, di regola, obbligazioni nell'acquirente; essendo a titolo gratuito quel contratto in cui uno dei contraenti intende procurare un vantaggio all'altro senza equivalente (art. 1101 Cod. civ), non si comprende, a prima vista, come da un contratto di questo genere possa sor-

gere a favore dell' alienante il diritto alla iscrizione della ipoteca legale; se invero procura ad altri vantaggio di alienare a suo favore un immobile, senza esigere un equivalente in correspettivo, sembra non possano esistere obbligazioni dell'acquirente da garantirsi con l' iscrizione ipotecaria (1).

Ma in contrario basta osservare che per l'art. 1051 Cod. civ. è donazione anco la liberalità con la quale s' imponga qualche peso al donatario. Quando la donazione è accompagnata da siffatta modalità, il donatario, senza cessare di essere acquirente a titolo gratuito, per la sproporzione fra la maggiore entità delle cose donate e la minore entità del peso, accettando la donazione assume le obbligazioni inerenti al peso impostogli, e la legge accorda al donante, per l'esatto adempimento di queste obbligazioni, la speciale garanzia della ipoteca legale (2). In questo senso fu deciso che l'art. 1969 Cod. civ. non restringe il diritto d' ipoteca legale al venditore per il prezzo di vendita, ma lo estende ad ogni alienante per l' adempimento di tutti gli obblighi derivanti dal contratto di alienazione (3), e per conseguenza anco al donante, quando la donazione importa appunto una qualsiasi obbligazione come parziale correspettivo da corrispondersi dal donatario (4).

---

(1) Consultando il *Rep. generale* di Pacifici-Mazzoni avevamo letto con una certa meraviglia che una nostra corte d'appello avrebbe recentemente deciso che la ipoteca legale diretta a garantire gli obblighi derivanti dal contratto di alienazione, non si può estendere alle donazioni (Catania, 9 dicembre 1891, *Giur. Catan.*, 1892, p. 2). Ma riscontrata la decisione nel suo testo, abbiamo verificato che la medesima è resa in ordine alle leggi civili napoletane del 1819, che alla pari del Codice francese non parlano di alienante in genere, ma bensì del solo venditore; è perciò chiaro che la Corte ha adottato la opinione più rigorosa, seguita in Francia da quelli scrittori i quali non hanno dimenticato che la materia dei privilegi non ammette interpretazióne estensiva. V. su ciò Pont, *op. cit.*, X, 188.

(2) Melucci, *op.* e *loc. cit.*; Pochintesta, *op. cit.*, I, 142.

(3) Cass. Firenze, 9 giugno 1874, *Annali di giurispr. it.*, VIII, I, 1, 436.

(4) Il Codice francese accordava il corrispondente privilegio al solo venditore (art. 2103 n. 1); la questione se si estendesse agli altri alienanti era

54. Per ciò che concerne l'alienazione a titolo oneroso è a dirsi che l'ipoteca ha luogo per sicurezza delle obbligazioni derivanti dalla medesima a carico dell'acquirente, comunque sia stata qualificata l'alienazione stessa; quindi non tanto nella vendita vera e propria, quanto nella permuta, semprechè non sia fatta a perfetta parità di prezzo e senza assunzione di obbligazioni per parte dei contraenti, quanto nella cessione di una quota ereditaria fatta da uno dei coeredi a favore dell'altro o di un estraneo.

La permuta può dar luogo a carico di uno dei permutanti a un rifacimento in danaro (art. 1554 Cod. civ.) ed è per questa parte da equipararsi al contratto di vendita; è in ogni modo alienazione che induce obbligazione nell'uno dei contraenti di pagare all'altro una somma determinata, e rientra perciò nella disposizione dell'art. 1969 n. 1 Cod. civ. Anco se non vi sia rifacimento in danaro, uno dei permutanti può assumere rispetto all' altro speciali obbligazioni, per esempio accettare la delegazione del pagamento di un debito: ed anco in questo caso il permutante che ha delegato il debito ha diritto all' ipoteca legale contro l'altro che ha accettato la delegazione (1).

---

vivamente dibattuta, ma prevaleva la opinione negativa, come dimostra Pochintesta, *op.* e *loc. cit.*, in nota. Il regolamento pontificio (art. 83 n. 3) decise la questione in senso affermativo, aggiungendo le parole « *o di qualunque altro alienante* » riprodotte poi nel Codice albertino (art. 2158 n. 2) e passate nel Codice vigente. Il Codice napoletano (art. 1972 n. 1), il Codice parmense (art. 2147), la legge ipotecaria toscana (art. XVII n. 5) ed il Codice estense (art. 2139) continuavano a parlare del solo venditore.

(1) In questo senso la Corte d'appello di Casale decise che il conservatore avea rettamente proceduto alla iscrizione d'ufficio della ipoteca legale a favore di un permutante in pregiudizio dell'altro che aveva accettato la delegazione del pagamento dei debiti gravanti l'immobile ricevuto in permuta; e che ad escludere la regolarità dell'operato del conservatore non valeva la circostanza che nell'atto era stata fatta quietanza subordinatamente al pagamento dei debiti; nè l'altra che i debiti delegati erano già garantiti con ipoteca sugli stessi beni dati in permuta (Decisione del 15 giugno 1884, *Giur. Casal.*, IV, 295). Ammettono l'ipoteca legale a favore del permutante, quando vi è rifacimento

La cosa è del pari evidente quanto alla cessione di quota ereditaria, la quale, sia che si faccia fra coeredi, sia che venga posta in essere da un coerede a favore di un estraneo, è sempre un atto traslativo, e perciò un'alienazione, non una divisione semplicemente dichiarativa di un diritto preesistente, e dà luogo per conseguenza alla iscrizione dell' ipoteca legale (1). Soltanto, se la quota ereditaria ceduta comprendesse insieme immobili e mobili, il che comunemente accade trattandosi di diritto universale sulla eredità, l' ipoteca legale spetterebbe solo per sicurezza di quella parte del prezzo che sta a rappresentare il valore degl' immobili o delle quote d' immobili compresi nella cessione; la parte del prezzo corrispondente al valore dei mobili ereditari non potrebbe essere garantita se non mediante ipoteca convenzionale, o con altra speciale cauzione diversa dall' ipoteca legale (2).

Per conseguenza se fosse stata iscritta ipoteca legale per sicurezza dell' intero prezzo di una cessione di eredità, o di quota ereditaria; i creditori che ne sarebbero pregiudicati, potrebbero esigere che la collocazione ipotecaria fosse ristretta alla parte che rappresenta il prezzo degl' immobili e che per ogni di più il cedente fosse rinviato fra i creditori chirografari.

55. Un nostro scrittore affermò che anche il debitore che trasferisce nel creditore la proprietà di un immobile in pagamento del suo debito *(datio in solutum)* gode dell' ipoteca di cui si tratta, sempre che dall'atto derivi qualche obbligazione a carico dell' acquirente (3); per contrastare l' attendibilità di tale affermazione non vale il dire, come si è fatto, che il debitore, dando al cre-

---

in danaro: Pochintesta, *op. cit.*, I, 139; Borsari, *Commento*, § 4193; la nega, senza darne motivo plausibile, De Filippis, *Diritto civile*, vol. IV, 347. Ma deve dirsi più generalmente che la ipoteca compete, quando dal contratto derivano obbligazioni, a carico di una delle parti.

(1) Casale, 26 gennaio 1884, *Legge*, XXIV, II, 171.

(2) Torino, 31 luglio 1876, *Annali di giurispr. it.*, X, III, 506.

(3) Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, I, 120.

ditore un immobile in pagamento del suo debito, non fa che estinguere una sua obbligazione e non acquista per conseguenza ragione alcuna che meriti la sicurezza ipotecaria (1). Ma l'obiezione non ha fondamento; si supponga che la *datio in solutum* non sia pura e semplice, ma accompagnata da qualche onere posto per convenzione a carico dell'acquirente: in tal caso il diritto alla iscrizione dell'ipoteca legale non può essere revocato in dubbio, perchè si tratta, come vuole la legge, di obblighi derivanti dall'atto di alienazione.

56. Un altro caso preso in esame dagli scrittori (2) è quello della vendita d' immobili con patto di riscatto (art. 1515 Codice civile).

Generalmente questo patto non si aggiunge alla vendita se non nel caso in cui il venditore, trovandosi in pressante bisogno di danaro, e non riuscendo ad ottenere il giusto prezzo, si accontenta di un prezzo inferiore al giusto, riservandosi di riprendere la cosa venduta ove nel termine pattuito, che non può superare i cinque anni (art. 1516 Cod. civ.), riesca a restituire il prezzo ricevuto e a rimborsare le spese e qualunque altro legittimo pagamento fatto per la vendita (art. 1528 Cod. civ.). La natura stessa del patto, lo scopo che le parti si propongono, la restituzione di cui parla la legge, presuppongono che il pagamento dell' intero prezzo avvenga all'atto stesso della vendita, e che per conseguenza non vi sia luogo a iscrizione d' ipoteca legale contro il compratore. Ma se per ipotesi difficile, ma non impossibile a verificarsi, all' atto della vendita non fosse pagato l' intero prezzo, è indubitato che anche al venditore con patto di riscatto competerebbe l' ipoteca legale per sicurezza della parte di prezzo non pagata, perchè si sarebbe egualmente nel caso di alienazione, per quanto sottoposta alla speciale condizione del riscatto convenzionale, e si tratterebbe egualmente di obblighi derivanti dal contratto di alienazione.

(1) Pochintesta, *op. cit*, I, 141.

(2) Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, I, 120; Pochintesta, *op. cit.*, I, 140.

Ma non è di cio che si fa questione. Si fa questione del caso inverso: si domanda cioè se l'ipoteca legale competa al compratore che restituisce l'immobile, quando il prezzo non gli venga contemporaneamente o interamente restituito. Si nega che in questo caso spetti l'ipoteca al compratore, osservando che là restituzione che il compratore fa al venditore non è una alienazione, ma bensì una risoluzione dell'alienazione originaria, che ha la sua ragione di essere nella circostanza che il venditore si è riservato di riprendere l'immobile venduto e il compratore si è obbligato a restituirlo.

E la questione, posta in tal modo, non è dubbiosa. La legge garantisce l'interesse del compratore in modo ben diverso dalla iscrizione della ipoteca legale, ed egualmente efficace, accordandogli il diritto di ritenzione (art. 1528 Cod. civ.); se egli ha diritto di rimanere in possesso dell'immobile finchè il venditore non lo ha rimborsato del prezzo capitale, delle spese e di qualunque altro legittimo pagamento fatto per la vendita, per le riparazioni necessarie, e per quelle altresì che hanno aumentato il valore del fondo sino all'importare dell'aumento (art. cit.), se il riscatto non può per conseguenza dirsi avverato fino a che non sia effettivamente eseguito tale rimborso (art. 1515 Cod. civ.), è evidente che il compratore non può aver bisogno della ipoteca legale per garantirsi contro il venditore che esercita il patto di riscatto.

Per escogitare una possibile per quanto remota eventualità nella quale al compratore possa giovare l'ipoteca legale, bisogna supporre che il compratore con patto di riscatto abbia restituito l'immobile senza esigere la preventiva restituzione di quanto dal venditore è dovuto secondo l'art. 1528; ed allora è manifesto che le disposizioni riguardanti la ipoteca legale non sarebbero invocabili, per la ragione che non vi sarebbe un'alienazione fatta dal compratore a profitto del venditore, ma un rapporto giuridico com-

pletamente diverso (1). Il compratore avrebbe corso la fiducia del venditore retrocedendogli il fondo senza esigere la preventiva restituzione di quanto gli fosse dovuto; e poichè non sarebbe il caso di parlare di obblighi derivanti dal contratto di alienazione, un diritto all'iscrizione della ipoteca legale non sarebbe in questa specie di fatto neppure concepibile.

Se poi la convenzione di riprendere l'immobile non fosse consentita nel contratto di vendita ma in un atto successivo, o se la restituzione si facesse volontariamente dal compratore, dopo che, spirato il termine, egli è divenuto irrevocabile proprietario dell'immobile venduto (art. 1518 Cod. civ.), si avrebbe un'alienazione vera e propria che darebbe luogo alla iscrizione della ipoteca legale (2).

57. La costituzione di una rendita, ossia annua prestazione in danaro od in derrate, mediante la cessione di un immobile che il cedente si obbliga a non più ripetere (art. 1778 Cod. civ.), è atto di alienazione e dà luogo, per conseguenza, alla iscrizione della ipoteca legale, tanto se la prestazione della rendita è promessa col patto della perpetuità, quanto se è limitata alla vita del creditore (art. 1779 Cod. civ.).

Il legislatore nostro attribuendo al contratto di costituzione di rendita la dovuta importanza, stabilisce che la rendita per prezzo di alienazione o come condizione di cessione d'immobili, sia a titolo oneroso, sia a titolo gratuito, si chiama rendita fondiaria (art. 1780 Cod. civ.); e dopo aver dichiarato che nell'uno e nell'altro caso la cessione d'immobili trasferisce nel cessionario il pieno dominio, non ostante qualsivoglia clausola contraria (articolo 1781 Cod. civ.), assoggetta alle regole stabilite per la vendita

---

(1) Osserva giustamente il PONT (*op. cit.*, X, 189), il quale ha trattato diffusamente la questione, che l'esercizio del patto di riscatto non è un'alienazione, ma una semplice risoluzione dell'alienazione posta in essere originariamente: *distractus potius quam novus contractus.*

(2) PONT, *op.* e *loc. cit.*

la cessione a titolo oneroso, alle regole stabilite per le donazioni la cessione a titolo gratuito (art. 1781 capov. Cod. civ.).

In questi termini l'applicazione dell'art. 1969 n. 1 Cod. civ. non incontra difficoltà, perchè si ha l'alienazione di beni immobili, si ha la correspettiva obbligazione, derivante a carico dell'acquirente dall'atto di alienazione, si hanno per conseguenza gli estremi nel concorso dei quali spetta all'acquirente la ipoteca legale.

Il successivo art. 1782, che riguarda la costituzione della rendita semplice o censo, merita una speciale osservazione. La rendita costituita mediante un capitale, dispone il citato articolo, si chiama rendita semplice o censo, e debb' essere assicurata con ipoteca speciale sopra un fondo determinato; altrimenti il capitale è ripetibile. La osservazione che reputiamo opportuno di non trascurare riguardo a siffatto testo legge, è la seguente: la ipoteca di cui in esso si parla è legale o convenzionale? Può essere iscritta d'ufficio, o deve essere consentita dal debitore del censo nell'atto stesso in cui il censo è costituito?

L'ipoteca di cui parla l'art. 1782 non può essere iscritta in virtù di legge; la legge accorda l'ipoteca legale per assicurare le obbligazioni derivanti dai contratti di alienazione di beni immobili, e qui siamo nel caso di alienazione di un capitale, che è cosa mobile (art. 418 Cod. civ.). Alienato un capitale, manca l'oggetto della ipoteca, nè si saprebbe su quale degl' immobili di proprietà dell'acquirente dovrebbe essere iscritta, se l'acquirente non lo dichiarasse nell'atto costitutivo; è perciò manifesto che l'ipoteca è convenzionale.

La legge non dice che l'ipoteca deriva di diritto dal contratto di costituzione del censo; dice che tale contratto deve essere accompagnato dalla costituzione di una speciale ipoteca convenzionale, subordinando a questa condizione la irrepetibilità del censo, per modo che il censo rimanga ripetibile, a piacere del creditore,

se la sua costituzione non è accompagnata dalla garanzia voluta dalla legge (1).

58. Parlando la legge con formula generica di alienazione d' immobili, non è il caso di distinguere fra alienazione totale o parziale, pura e semplice o condizionale; il diritto ad iscrivere l' ipoteca legale nasce sempre, purchè nell' atto stesso di alienazione non siano interamente soddisfatti gli obblighi che ne derivano a carico dell'acquirente.

Se l'alienazione di un immobile è fatta per una parte soltanto, l' ipoteca colpirà unicamente la parte alienata; se l'alienazione è condizionale, l' ipoteca sarà soggetta alla condizione medesima.

59. Tutto ciò non presenta difficoltà; osserviamo soltanto che se si tratta di vendita nella quale non sia stato contemporaneamente al contratto soddisfatto il prezzo pattuito, l' alienazione è sempre condizionale, nel senso che il venditore può domandarne la risoluzione se il compratore non paga all' epoca prestabilita (articoli 1165, 1511 Cod. civ.); l' iscrizione della ipoteca legale, che può essere operata d' ufficio dal conservatore delle ipoteche richiesto della trascrizione del contratto (art. 1985 Cod. civ.), non pregiudica sì fatto diritto. Il venditore ha la scelta di valersi dell' azione ipotecaria per costringere il compratore al pagamento del prezzo e dei relativi interessi, o di domandare invece lo scioglimento del contratto per effetto della condizione risolutiva espressa o tacita; se preferisce questa seconda via, ed è libero di preferirla anco se avesse da sè stesso domandato l'iscrizione della ipoteca legale, questa ipoteca vien meno, per la ragione che viene ad estinguersi la obbligazione che era destinata a garantire.

Alla obbligazione di pagare il prezzo, incompatibile con la

(1) BORSARI (*Commento*, § 3918), osserva in proposito che il legislatore non ha voluto lasciare indifeso il creditore di fronte a un contratto che lo priva della facoltà di ripetere il suo capitale fino a che non si verifichi uno dei casi contemplati negli art. 1785 e 1786 Cod. civ.

risoluzione del contratto di vendita, altre ne succedono a carico del compratore inadempiente, che ha dato causa alla risoluzione; ma queste obbligazioni non possono essere garantite dalla ipoteca legale iscritta per sicurezza dell'obbligazione di pagare il prezzo, rimasta estinta con la risoluzione; questa ipoteca colpisce l'immobile venduto e non può riuscire utile al venditore quando, per effetto della risoluzione, l'immobile stesso è tornato in suo potere. Occorrerebbe che le parti, in previsione di tale eventualità, avessero esteso l'ipoteca ad altri beni di proprietà del compratore; ma in tal caso usciremmo dal campo della ipoteca legale per entrare nel campo, del tutto diverso, della ipoteca convenzionale.

60. Anche l'alienazione, non già di un immobile per natura, ma bensì di un diritto immobiliare, dà luogo all'ipoteca legale, semprechè il diritto alienato sia suscettivo d'ipoteca; in questo senso dà luogo ad ipoteca l'alienazione di un diritto di usufrutto su beni immobili e di un diritto sui beni enfiteutici. Non dà luogo all'ipoteca la costituzione di una servitù prediale, o di un diritto d'uso e di abitazione, per quanto sia pattuito un correspettivo e non sia pagato contemporaneamente al contratto, perchè questi diritti sono, è vero, dichiarati immobili pel loro oggetto dall'art. 415 Cod. civ., ma non sono dichiarati suscettivi d'ipoteca dall'art. 1967 Cod. civ.

Per ciò che attiene in particolar modo alla costituzione della enfiteusi potrebbe dubitarsi della regola da noi superiormente formulata, riflettendo che la legge dà al concedente una garantia diversa dalla ipoteca legale, consistente nel privilegio sopra i frutti del fondo enfiteutico raccolti nell'anno e sopra le derrate che si trovano nelle abitazioni e fabbriche annesse al fondo e provenienti dal medesimo (art. 1958 n. 2 Cod. civ.); ma il dubbio non avrebbe fondamento nel testo della legge. Invero il privilegio ha luogo pel credito dei canoni, mentre altri crediti possono resultare, a favore del concedente. dal contratto di costituzione della enfiteusi; il privilegio è dato pel credito di due sole annate, mentre con l'ipote-

ca potrebbe esserne garantita preventivamente un' annata di più (art. 2010 Cod. civ.); e d' altra parte è ovvio osservare che la costituzione della enfiteusi è alienazione di un diritto immobiliare suscettivo d' ipoteca e rientra, per ciò solo, nella generica espressione dell' art. 1969 n. 1 Cod. civ. (1).

Anche contro l'enfiteuta che redime il canone a norma dell'articolo 1564 Cod. civ. può essere a favore del concedente iscritta l' ipoteca legale di cui si tratta, ove il prezzo di affrancazione non sia pagato contemporaneamente all' atto.

Che dire del caso inverso, in cui, operandosi la devoluzione del fondo enfiteutico a favore del concedente, vuoi per la scadenza del termine, vuoi per le cause indicate nell' art. 1565 Cod. civ., sia dovuto all' enfiteuta un compenso pei miglioramenti? Siamo anco qui di fronte ad un' alienazione di un diritto immobiliare suscettivo d' ipoteca e non vi è ragione di allontanarsi dalla regola generale. Dato che il compenso non fosse pagato al momento in cui si opera il passaggio del diritto, e che l'enfiteuta non potesse valersi, o non si valesse di fatto, del diritto di ritenzione, gli competerebbe, a parer nostro, la ipoteca legale: il compenso dovuto dal concedente è un obbligo derivante dall' acquisto del diritto che spettava all' enfiteuta e siamo quindi nei precisi termini dell' art. 1969 n. 1 Cod. civ.

61. La Corte d'appello di Firenze ebbe occasione di decidere una singolare specie di fatto che merita particolare esame.

La società del Politeama fiorentino Vittorio Emanuele volendo costruire una fabbrica nel terreno da lei posseduto a fianco di uno stabile del cav. Luigi Bellotti-Bon, chiese e ottenne, come ne aveva diritto per l' art. 556 Cod. civ., la comunione del muro di confine di detto stabile e del suolo su cui era costruito, per tutta l' estensione della sua proprietà; trascritto il contratto di cessione, che fu stipulata per il prezzo di L. 1130,71, fu iscritta d'uf-

(1) Pochintesta, *op. cit.*, I, 143.

fizio l'ipoteca legale a favore del Bellotti Bon, sulla metà del muro di confine. Instaurata di poi contro la società predetta la esecuzione immobiliare, e procedutosi al giudizio di graduazione, il Bellotti-Bon fu dal giudice delegato collocato per il suo credito nel secondo grado dei creditori ipotecari, con dichiarazione che relativamente al prezzo del muro da lui venduto alla società, egli doveva essere preferito ad ogni altro creditore. Alla collocazione accordata al Bellotti-Bon fu fatta opposizione dalla Cassa di risparmio di Firenze, creditrice ipotecaria anteriormente iscritta. Il Tribunale accolse la opposizione, ma la Corte d'appello riformò la sentenza dei primi giudici e ritenne che l'acquisto della comunione del muro aprisse l'adito alla iscrizione della ipoteca legale.

« Attesochè, disse la Corte, il Codice civile accorda l'ipoteca legale non solo al venditore, ma anche ad ogni altro alienante per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'atto di alienazione, a differenza del Codice Napoleone, il quale concede al solo venditore il privilegio sul fondo venduto per il pagamento del prezzo. Ciò ritenuto, e prescindendo dall'avvertire che l'acquisto della comunione del muro è in sostanza una compra e vendita regolata da norme speciali, poichè è certo che la facoltà data dall'art. 556 importa un'alienazione, in quanto il proprietario del muro ne perde il dominio per la metà, che va a trasferirsi nel proprietario del fondo contiguo *(est autem alienatio omnis actus per quem dominium transfertur.* L. 1 C. *De fundo dotali)*, ne consegue che anco al proprietario del muro, il quale figura in questa singolare specie di alienazione come alienante, debba estendersi la disposizione del citato art. 1969 n. 1 ». Posto così il principio fondamentale della sua decisione, la Corte scese a combattere gli obietti che si erano formulati dalla creditrice opponente; a questo riguardo osservò in primo luogo che il diritto all'iscrizione della ipoteca legale non veniva meno per essere stata l'alienazione coattiva, non volontaria, non sembrando conforme ai principii concedere la ipoteca legale a chi, alienando volontariamente, può garantirsi come meglio

gli talenta, e lasciare indifeso di fronte all'acquirente chi è dalla legge costretto a cedere la sua proprietà; osservò in secondo luogo che chi subisce l'esercizio del diritto di comunione coattiva non può garantirsi coll'esigere il preventivo pagamento del compenso dovutogli, perchè la legge non gli accorda espressamente tale facoltà, come l'accorda nel caso della servitù di acquedotto coattivo (art. 603 Cod. civ.); e perchè d'altronde, anche colui che aliena volontariamente il suo fondo può esigere il pagamento anticipato del prezzo, ma il non essersi valso di questa facoltà non lo priva del diritto d'iscrivere l'ipoteca legale.

Confutati questi obietti, la Corte ritenne che al Bellotti-Bon spettasse l'ipoteca legale sulla metà del muro forzatamente ceduto alla società, e che per conseguenza si dovesse mediante perizia determinare il valore di questa metà del muro, proporzionato al valore effettivo dello stabile intero, per attribuirlo al Bellotti-Bon (1).

Gli obietti che la Corte si era proposta non erano fondati, ed essa li aveva facilmente distrutti; ma un altro ben più grave si affaccia alla mente e dimostra la inaccettabilità della decisione.

La comunione coattiva di cui è parola nell'art. 556 è una servitù prediale derivante dalla legge: come può essere suscettiva d'ipoteca? Vi è alienazione in quanto il proprietario che esercita il relativo diritto paga la metà del valore del muro e la metà del valore del suolo su cui il muro è costruito, ma non vi ha un'alienazione che cada sopra un immobile munito di esistenza sua propria e perciò ipotecabile.

Dicemmo già che il creditore non potrebbe, senza far violenza alla realtà delle cose, escutere la parte indivisa di un immobile a lui ipotecato per intero (2): a più forte ragione deve dirsi che non

(1) Firenze, 3 marzo 1876, *Giurispr. it.*, XXVIII, I, 2, 573.

(2) Vedremo a suo tempo la questione analoga, consistente nel determinare se chi ha la intera proprietà di un immobile possa ipotecarne una parte indivisa. Frattanto rinviamo a quanto fu detto di sopra parlando della indivisibilità della ipoteca (n. 26).

può, nè per legge nè per patto, essere colpito con ipoteca il muro di un edifizio, senza che l'intero edifizio ne sia colpito. Nè d'altra parte si potrebbe ammettere che alienata la metà del muro, la ipoteca venisse ad estendersi all'edifizio che al medesimo è stato appoggiato; anco a prescindere dalla considerazione che l'ipoteca legale dell'alienante troverebbe un insuperabile ostacolo nella ipoteca precedentemente iscritta sull'area sulla quale l'edifizio è stato costruito (art. 1966 Cod. civ.), è ovvio osservare che l'ipoteca legale è per legge ristretta all'immobile alienato e non può estendersi ad altri, per quanto strettamente collegati col medesimo (1).

Ammettendo la teoria della corte d'appello di Firenze, costituito un diritto di passo o un diritto di acquedotto, il compenso dovuto al proprietario del fondo servente sarebbe garantito con ipoteca legale sulla strada o sul canale. Ma ciò non può ammettersi: vi è, anco in questi casi, alienazione d'immobili; ma è alienazione di servitù prediali, le quali, sebbene dichiarate immobili per l'oggetto a cui si riferiscono (art. 415 Cod. civ.), non sono suscettive d'ipoteca (art. 1967 Cod. civ.).

62. Un altro caso meritevole di considerazione è stato recentemente deciso dalla Cassazione napoletana. Osservammo di sopra che il coerede il quale cede all'altro coerede una quota ereditaria comprendente beni o diritti suscettivi d'ipoteca, gode su di questi del diritto d'iscrivere la ipoteca legale perchè la cessione di quota ereditaria è un'alienazione. Dinanzi alla Corte predetta si sostenne, non ha guari, che il coniuge superstite, le cui ragioni di usufrutto sono state soddisfatte dagli eredi del coniuge premorto con l'assegnazione di una rendita vitalizia (art. 819 Cod. civ.), deve essere considerato come un alienante ed essere ammesso perciò ad iscrivere l'ipoteca legale per sicurezza di questa prestazione. La Corte non ammise questa applicazione dell'art. 1969

(1) Anco il Ricci (*Corso di diritto civile*, X, 157) ha posto in rilievo la erroneità della massima proclamata dalla sentenza da noi presa in esame.

n. 1 Cod. civ. e così facendo interpretò rettamente le disposizioni di legge che era chiamata ad applicare.

Non può dirsi infatti che il coniuge soddisfatto delle sue ragioni mediante una rendita vitalizia alieni per tale correspettivo il diritto di usufrutto che gli spetta sulla eredità del coniuge premorto. La scelta spetta agli eredi i quali possono, a loro piacimento, disinteressare il coniuge superstite nell'uno o nell'altro modo. Dal fatto che questo coniuge concorre con gli eredi dell'altro coniuge, deriva a carico di questi ultimi l'obbligazione alternativa di assegnargli, o l'usufrutto che gli spetta sopra una quota dei beni del *de cujus*, o una rendita vitalizia che di tale usufrutto tenga luogo: se preferiscono questo secondo modo di liberazione, non può dirsi che il coniuge così tacitato alieni un diritto d'usufrutto; il diritto d'usufrutto non gli spettava ancora, o per lo meno ha cessato di spettargli dal momento in cui gli eredi hanno fatto conoscere la loro intenzione di prescegliere l'altro modo di tacitazione. Disse giustamente la Corte napoletana non esservi alienazione, perchè con l'assegnazione della rendita vitalizia è tradotto in atto, in forma concreta, un diritto trasmesso al coniuge fino dal momento in cui venne ad aprirsi la successione dell'altro coniuge.

Non varrebbe obiettare che la rendita vitalizia deve essere accettata dal coniuge e assicurata dagli eredi. La legge nell'art. 819 Cod. civ. parla, è vero, di assicurazione, e se gli eredi non offrissero un'assicurazione soddisfacente il coniuge superstite potrebbe rifiutare la rendita vitalizia ed insistere per avere invece l'usufrutto della quota ereditaria a lui spettante. Ma è evidente che qui non siamo nel campo della guarentigia legale; siamo nel campo del tutto diverso della guarentigia convenzionale. Il coniuge potrà dire che non accetta l'assegnazione della rendita se gli eredi non ne assicurano la corresponsione con una ipoteca convenzionale, o in altro modo egualmente sicuro; ma se l'accetta senza esigere

sì fatta assicurazione, non può *ex post facto* pretendere di assicurarla con l'iscrizione della ipoteca legale (1).

63. In caso di vendita all'incanto, al seguito di giudizio esecutivo immobiliare, e in caso che il compratore di un immobile a trattativa privata voglia liberarlo dalle ipoteche che lo gravano, istituendo il giudizio di purgazione, è prescritta la iscrizione della ipoteca legale di cui si tratta. Dispone infatti l'art. 2089 Cod. civ.: « Seguìta la vendita all'incanto, il cancelliere del tribunale è tenuto entro dieci giorni di fare iscrivere a spese del compratore l'ipoteca legale resultante dal detto atto sopra i beni venduti, a favore della massa dei creditori e del debitore, sotto pena di una multa estendibile a lire mille e del risarcimento dei danni ». Questo per ciò che riguarda il primo dei suindicati casi: per ciò che riguarda il secondo, vi è la disposizione dell'art. 2042 Cod. civ., che è così concepita: « L'acquirente non può essere ammesso ad istituire il giudizio di purgazione, se prima non ha fatto iscrivere in favore della massa dei creditori

(1) Cass. Napoli, 28 agosto 1895, *Giurispr. it.*, 1895, I, 952: « La ipoteca legale è coordinata all'indole del credito, non alle guarentigie per la soddisfazione del credito medesimo, ed il coniuge può pel pagamento della rendita esigere quelle che nel suo interesse creda convenienti, tra le quali anche l'ipoteca; ma questa, se convenuta, sarebbe stata convenzionale, e se la Zaccaro non la chiese, vuol dire che in quanto a sicurezza di adempimento ella ebbe per bastevole la obbligazione semplice dei figli. In ogni modo, fossero, o no, state convenute guarentigie, l'ipoteca legale che sugli immobili alienati è data all'alienante per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'atto di alienazione non può alla Zaccaro competere non avendo questa fatta alienazione, nè potendo la medesima (ipoteca) essere estesa per analogia ai casi che non siano quelli da detto articolo indicati ». La Corte esaminò anco l'altra questione se la ipoteca legale potesse, in quella specie di fatto, derivare dal n. 2 dell'articolo 1969 Cod. civ. e rispose negativamente. Anche su di ciò non poteva cader dubbio. L'assegnazione della rendita può considerarsi come un atto tendente a far cessare la comunione; ma è ovvio osservare che la legge limita, in questi atti, la ipoteca legale ai rifacimenti e conguagli e non la concede affatto per sicurezza delle quote assegnate.

del venditore l' ipoteca legale per garanzia del prezzo della vendita, o del valore dichiarato a norma del n. 3 dell' articolo seguente ».

La iscrizione speciale di cui è parola in questi articoli è iscrizione della ipoteca legale dell' art. 1969 n. 1 Cod. civ. La massa dei creditori è protetta da questa iscrizione in quanto gode dei diritti spettanti al debitore (art. 1234 Cod. civ.), e ne è protetto in pari tempo il debitore per gli eventuali residui che possono verificarsi a suo vantaggio, soddisfatti che siano nel giudizio di graduazione tutti i creditori comparsi, privilegiati, ipotecari o chirografari che siano.

La iscrizione è obbligatoria sempre; anco nel caso in cui gli immobili il cui prezzo deve distribuirsi siano coperti da iscrizioni ipotecarie precedenti per somma eccedente il loro valore. Invero la legge non distingue, e la intenzione del legislatore di volere che in ogni caso di giudizio di graduazione il pagamento del prezzo da distribuirsi sia garantito da speciale ipoteca, appositamente iscritta contro chi deve pagarlo, non può essere revocata in dubbio. È vero che essendo l' ipoteca inerente ai beni, e seguendo essa i beni stessi presso qualunque possessore, tanto il compratore al pubblico incanto, quanto colui che avendo comprato a trattativa privata istituisce il giudizio di purgazione, è ipotecariamente vincolato dalle ipoteche precedentemente iscritte; ma la legge ha voluto una nuova iscrizione che giovi a tutti; segnatamente ai creditori chirografari, e allo stesso alienante, volontario o coattivo, per il caso, non frequente ma possibile, che per esso vi sia margine.

Il modo nel quale sono state da noi considerate le disposizioni degli art. 2089, 2042 in relazione all' art. 1969 n. 1 Cod. civ., ci dispensa dallo spendere parole nel confutare la erronea opinione di chi ha affermato che la iscrizione di cui si tratta giova soltanto ai creditori ipotecari, non ai chirografari (1); essa

(1) V. su ciò la diffusa confutazione che della combattuta opinione espressa da SALA, *Monit. dei trib.*, 1876, p. 57, dà il POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 146.

giova specialmente a questi ultimi, non già con accordare a loro una causa speciale di prelazione gli uni rispetto agli altri, ma bensì con l'accordare a tutti loro, considerati come massa, o come ceto creditorio, una preferenza sui creditori personali del compratore, e con l' evitare, nei due casi considerati dalla legge, la confusione dei beni dei quali si distribuisce il prezzo col rimanente patrimonio del compratore.

Per ciò che attiene al caso dell' art. 2089 Cod. civ. dobbiamo osservare che se vi è una considerazione che valga a giustificare la ipoteca dell' alienante, è precisamente l' applicazione che in questo caso speciale ne fa il legislatore. Infatti, aggiudicato un immobile al pubblico incanto, non è possibile che venga consentita una ipoteca convenzionale a garanzia del prezzo di aggiudicazione; e d'altra parte il prezzo non può essere pagato immediatamente, dovendo precedere il giudizio di graduazione. I creditori ipotecari sono garantiti dalle respettive iscrizioni, ma i creditori chirografari e lo stesso debitore espropriato, che consegue i residui se ve ne sono, rimarrebbero, se non fosse l' art. 2089, privi di ogni garanzia. È prescritto il deposito del decimo (art. 672 Codice proc. civ.); ma, anco a prescindere dalla considerazione che in molti casi l' aggiudicatario viene dispensato da tale deposito, come sarebbero garantiti gli altri nove decimi del prezzo di aggiudicazione e i relativi interessi?

Meno utile apparisce l' iscrizione della ipoteca legale nell'altro caso contemplato dall' art. 2042, perchè, generalmente parlando, non essendo stato pagato il prezzo, l' ipoteca legale deve già essere stata iscritta d' ufficio dal conservatore nel trascrivere l'atto di alienazione (art. 1985 Cod. civ.). Se l' ipoteca è stata iscritta, la nuova iscrizione può risolversi in una inutile superfetazione e in una spesa superflua: ma è ovvio avvertire che il legislatore non poteva distinguere; l' iscrizione prescritta dall' art. 2042 può in molti altri casi essere non soltanto utile, ma indispensabile, come se non fosse stata iscritta in virtù dell' art. 1985, per non

essere stato trascritto il contratto d'alienazione, o se l'alienante volontario avesse rinunziato alla ipoteca legale.

64. Chi non aliena volontariamente la proprietà dei suoi immobili, ma ne subisce la totale o parziale espropriazione per causa di pubblica utilità (art. 438 Cod. civ.), non è protetto dalla ipoteca legale di cui all'art. 1969 n. 1 Cod. civ., perchè non può farsi luogo al decreto di espropriazione, che opera il trasferimento della proprietà, se prima l'espropriante non ha depositato nelle casse pubbliche il compenso che rappresenta il prezzo della forzata alienazione (1).

65. Fatta eccezione per i casi speciali contemplati nei ricordati art. 2089, 2042 Cod. civ., nei quali l'iscrizione della ipoteca è richiesta nell'interesse dei terzi, l'ipoteca legale è una speciale garanzia accordata all'alienante nel suo privato interesse, avuto riguardo alla natura del suo credito, che il legislatore ha ritenuto meritevole di particolare protezione; è perciò evidente che l'alienante, nel cui vantaggio è stabilita siffatta garanzia, può rinunziarvi, sia nell'atto stesso di alienazione, sia in un atto posteriore da presentarsi al conservatore delle ipoteche affinchè non abbia ad iscriverla d'ufficio al momento in cui eseguisce la trascrizione dell'atto traslativo della proprietà.

Della facoltà di rinunziare alla ipoteca la legge veramente non parla; ma dallo scopo speciale della ipoteca stessa si argomenta agevolmente che la facoltà di rinunziare non è contraria allo spirito della legge (2).

La rinunzia deve naturalmente essere espressa; sebbene non siano richieste formule sacramentali, non può argomentarsi impli-

---

(1) Legge 25 giugno 1865, n. 2359, art. 30, 44; Brescia, 22 luglio 1867, *Annali di giurispr. it.*, II, 2, 595.

(2) Gli scrittori sono concordi nell'ammettere la validità della rinunzia: PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 124; POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 149. Anco la giurisprudenza è in questo senso: Bologna, 3 novembre 1873, *Legge,* XIV, I, 288; Cass. Roma, 20 giugno 1877, *Annali di giurispr. it.*, XI, I, 1, 475.

citamente da espressioni generiche accennanti a fiducia che il venditore abbia nella onestà e nella solventezza del compratore: le rinunzie non si presumono e devono sempre resultare da una positiva manifestazione di volontà.

La rinunzia può essere totale o parziale; essere cioè estesa a tutti i beni alienati e a tutte le obbligazioni derivanti dal contratto di alienazione, o ristretta a una parte degli uni o delle altre.

La volontà del creditore ha in questa materia una prevalenza assoluta; fra i modi di estinzione della ipoteca è annoverata la rinunzia del creditore (art. 2029 n. 3 Cod. civ.), e non si vede la ragione per la quale il creditore, che può rinunziare alla ipoteca in suo favore iscritta, non potrebbe rinunziarvi preventivamente, rendendo così inefficace la iscrizione che, nonostante la sua rinunzia, fosse presa d'ufficio. Questa rinunzia giova a qualunque interessato: se pertanto il conservatore avesse iscritto di ufficio una ipoteca alla quale l'alienante avesse rinunziato, o avesse iscritto su tutti i beni alienati, o per tutte le obbligazioni derivanti dal contratto, una ipoteca che dall'alienante era stata limitata a parte dei beni, o a parte delle obbligazioni, la inefficacia dell'iscrizione potrebbe esser dedotta dai terzi creditori dell'acquirente (1).

B

Su quali beni può essere iscritta.

SOMMARIO

66. L'ipoteca ha luogo sopra gl'immobili alienati — 67. Applicazioni—68. Miglioramenti — 69. Immobili per destinazione—70. Continuazione—71. Specialità di questa ipoteca.

66. L'art. 1969 n. 1 Cod. civ. dispone con formula precisa che la ipoteca di cui si tratta spetta all'alienante « *sopra gl' im-*

---

(1) La Cass. di Roma nella succitata sentenza del 20 giugno 1877 opportunamente invoca il principio della L. 29 C. *De pactis: « regula est juris antiqui, omnes licentiam habere, his, quae pro se introducta sunt, renuntiare ».*

mobili alienati ». Trasferita pertanto la proprietà di un immobile, o di una parte divisa o indivisa del medesimo, o di un diritto immobiliare suscettivo d'ipoteca, l' ipoteca deve essere iscritta su ciò che è stato oggetto del trasferimento. La estensione della ipoteca a ciò che non ha formato oggetto di alienazione, sebbene strettamente connesso con l'immobile alienato, non potrebbe sortire efficacia giuridica in pregiudizio degli altri creditori.

Alienato per conseguenza il diritto di usufrutto, anco a favore del nudo proprietario, la ipoteca non potrebbe estendersi alla nuda proprietà se non per effetto di una speciale convenzione che trasformerebbe, in questa parte, l'ipoteca di legale in convenzionale; alienato il dominio utile o il dominio diretto di un fondo enfiteutico, la ipoteca legale dell'alienante attribuirebbe il diritto di prelazione su ciò che ha formato oggetto di alienazione, quantunque per effetto di essa fosse avvenuta la riunione in una stessa persona di questi separati elementi frazionari del dominio.

Queste proposizioni possono sembrare in contradizione col principio che riunendosi in una sola persona l'usufrutto e la nuda proprietà, l' utile e il diretto dominio, i diritti alienati cessano di avere una esistenza loro propria; ma la contradizione sparisce per poco che si consideri come il fatto che i diritti di cui si tratta hanno avuto per lo innanzi tale esistenza, e hanno di poi formato oggetto di alienazione, rende inevitabile la loro persistenza, sia pure fittizia, allo scopo di dar vita alla ipoteca dell'alienante. A questo patto soltanto l'ipoteca ha luogo, come dice la legge, sugli immobili alienati; diversamente avrebbe luogo, non soltanto su questi immobili, ma anco su quelli ai quali gl' immobili alienati sono venuti a riunirsi pel fatto dell'alienazione.

In pratica ciò può dar luogo a non lievi difficoltà, perchè concorrendo, in un giudizio di graduazione, l' alienante che ha ipoteca legale sul diritto alienato, con gli altri creditori che hanno ipoteca sui diritti che spettavano all'acquirente prima dell'alienazione, il prezzo in distribuzione deve essere diviso fra questi

creditori concorrenti, come se sussistesse un frazionamento del dominio che ha cessato di esistere col fatto dell'acquisto; ma la difficoltà non è insuperabile: *adducere inconveniens non est solvere argumentum*, e d'altronde la logica applicazione del principio stabilito dalla legge porta inesorabilmente alla conseguenza sopra accennata.

Si può argomentare da ciò che sarebbe stato meglio abbandonare l'assicurazione dei diritti dell'alienante non soddisfatto alla libera contrattazione delle parti; ma data la legge qual'è, la soluzione da noi formulata ci sembra inoppugnabile.

67. La giurisprudenza ha avuto occasione di applicare in vari casi il principio superiormente esposto.

La Corte di cassazione francese ebbe a decidere che chi vende a una società una determinata porzione d'un immobile per un dato prezzo, e conferisce in società come sua quota sociale il rimanente, non ha prelazione, pel pagamento del prezzo, che sulla porzione venduta; dichiarato quindi il fallimento della società, il venditore non ha altro diritto che di essere collocato sulla parte di prezzo rappresentante la porzione che formò oggetto di vendita; sulla parte di prezzo rappresentante la porzione conferita, hanno diritto i creditori ipotecari della società (1).

Dove vige, in Italia, la legge mineraria 20 novembre 1859, la miniera in esercizio costituisce una proprietà separata e distinta dalla proprietà del suolo; alienata pertanto una miniera, anco al proprietario del terreno soprastante, la ipoteca legale non ha effetto che sulla miniera (2).

Il principio deve applicarsi anco nel caso in cui l'iscrizione sia stata estesa su ciò che non ha formato oggetto di alienazione,

---

(1) Cass. fr., 13 luglio 1841, *Journ. du Palais* à sa date; PONT, *op. cit.*, X, 197. Nel diritto francese si parla di privilegio, non d'ipoteca legale, ma il principio è identico.

(2) Cagliari, 16 luglio 1870, *Annali di giurispr. it.*, IV, 2, 444; Cass. Torino, 6 aprile 1872, *Giurispr. tor.*, IX, 307; PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 122.

perchè per quanto ampia ed estesa sia una iscrizione ipotecaria, essa non può avere effetto se non sui beni vincolati in forza della legge. Così per esempio il comproprietario che vende la sua quota di comproprietà di un immobile, ha ipoteca legale soltanto su questa quota, quantunque nella iscrizione sia stato designato l'intero immobile. Subastato questo per un prezzo unico, l' ipoteca legale avrà per conseguenza effetto sulla porzione di prezzo corrispondente (1).

Finalmente la ipoteca di cui si tratta colpisce soltanto l'immobile alienato, nè può estendersi ad altro immobile acquistato col prezzo di alienazione di quello (2); una surrogazione di cosa a cosa non sarebbe in questa materia ammissibile, ostando il principio della specialità.

68. Il principio da noi esposto, che resulta indubbiamente dalla lettera e dallo spirito dell'art. 1969 n. 1 Cod. civ., va però contemperato col principio dell'art. 1966 dello stesso Codice pel quale l'ipoteca si estende a tutti i miglioramenti ed anche alle costruzioni ed altre accessioni dell'immobile ipotecato.

Parlando nel capitolo seguente della ipoteca considerata nel suo oggetto, studieremo questo principio di legge in tutte le sue conseguenze; qui basta osservare che esso si applica indistintamente a tutte le ipoteche, legali, giudiziali o convenzionali che siano, e per conseguenza anco a quella concessa all' alienante dall'articolo 1969 n. 1 Cod. civ.

Alienata un'area, l'ipoteca si estende all'edifizio costruito sulla medesima dall' acquirente; alienato un edifizio, agli accrescimenti posteriori; alienato un fondo rustico, alle piantagioni e alle alluvioni (3).

Del pari la trasformazione dell'immobile alienato, per quanto

---

(1) Cass. Torino, 24 gennaio 1893, *Giurispr. tor.*, 1893, 733.

(2) Cass. Torino, 21 dicembre 1876, *Foro it.*, II, 1, 553.

(3) Catania, 12 marzo 1883, *Giurispr. cat.*, XIII, 42.

sostanziale, non varrebbe ad estinguere l' ipoteca legale dell'alienante; come se, alienato un edifizio, l' acquirente lo demolisse e destinasse l'area a giardino od a cortile, o alienato un fondo rustico, l'acquirente vi aprisse una cava di pietre o di materiali, alterando la sua primitiva destinazione (1).

In Francia la giurisprudenza si era ribellata al principio sopra esposto, dando all'art. 2103 Cod. napoleonico una interpretazione soverchiamente restrittiva (2); ma ne fu giustamente rimproverata dagli scrittori, i quali si affrettarono ad osservare che le parole « *immeuble vendu* » contenute in quel testo di legge, corrispondenti alla espressione « *immobili alienati* » del Codice italiano, comprendono anco le accessioni (3). È vero che la prelazione (privilegio pel Codice francese, ipoteca legale pel nostro) ha ragione di essere in quanto la cosa alienata è entrata nel patrimonio dell'acquirente per fatto dell'alienante; ed in quanto le costruzioni ed i miglioramenti posteriori hanno aumentato il patrimonio di quest'ultimo senza che l'altro vi abbia contribuito; ma la stretta connessità dell'accessorio col principale e la generalità del principio dell'articolo 1966 Cod. civ., tolgono al dubbio in proposito sollevato ogni ragionevole fondamento.

69. Che dire degli immobili per destinazione? Quando siano alienati insieme col fondo, e vi si trovino tuttora al momento in cui l'alienante domanda collocazione in graduatoria, la questione non presenta difficoltà: sono ancor essi « *immobili alienati* » e sono perciò colpiti dalla ipoteca legale. Ma se siano stati posti nel fondo dell'acquirente, può sorgere il dubbio se l'ipoteca legale si estenda

---

(1) L. 16, § 2, D. *De pignorib. et hypoth.* « Si res hypothecae data, postea mutata fuerit, aeque hypothecaria actio competit; voluti de domo data hypothecae, et horto facta; item si de loco convenit, et domus facta sit; item de loco dato, deinde vineis in eo positis ».

(2) Lion, 26 janvier 1835, Paris, 18 janvier 1837, *Journal du Palais* à leur date.

(3) PONT, *op.* e *loc. cit.*; LAURENT, *op. cit.*, XXX, 17. Anche la Corte di cass. franc. si pronunziò in questo senso (15 juillet 1867, *Dalloz*, 1868, I, 269).

ai medesimi, e se per conseguenza l'alienante abbia diritto ad essere collocato su quella parte del prezzo in distribuzione che ne rappresenta il valore. Noi non esitiamo a rispondere affermativamente.

Una volta che il proprietario ha poste alcune cose mobili nel fondo per rimanervi stabilmente, sia incorporandovele (art. 414 Cod. civ.), sia destinandole al servizio e alla coltivazione del medesimo (art. 413 Cod. civ.), queste cose cessano di avere una esistenza loro propria e divengono un accessorio dell'edifizio o del fondo al cui ornamento o alla cui coltivazione sono destinate; l'ipoteca che colpisce il fondo viene necessariamente a colpirle; per la ragione che l'accessorio segue le vicende del principale.

Il Laurent, che è di questa opinione (1), censura una sentenza della corte d'appello di Poitiers che decise il contrario quanto al bestiame posto dall'acquirente nel fondo acquistato (2); e noi approviamo senza riserve ciò che insegna in proposito il valente scrittore.

70. Occorre appena avvertire che l'alienazione dà luogo ad ipoteca legale solo in quanto ha per oggetto beni immobili considerati come tali.

Venduti per conseguenza alcuni immobili per destinazione o per incorporazione, separatamente dal fondo di cui facevano parte, non competerebbe ipoteca legale all'alienante, perchè questi beni con l'alienazione divengono mobili; anco se chi li acquista li destinasse a restare permanentemente in altro fondo, come accessori di questo, non saremmo nei termini dell'art. 1969 n. 1 Cod. civ.

Del pari se un fabbricante di macchine o di utensili vende alcuni di questi oggetti al proprietario di un edifizio, che incorporandoveli, o destinandoli a rimanervi stabilmente, li rende immobili, non si potrebbe parlare di ipoteca legale. Quando queste cose

---

(1) Laurent, *op. cit.*, XXX, 18.

(2) Poitiers, 22 mars 1848, *Dalloz*, II, 46.

furono alienate erano mobili, e soltanto dopo compiuta l'alienazione acquistarono la qualità d'immobili; d'altra parte si tratta di cose che non sono suscettive d'ipoteca prese isolatamente; lo sono soltanto in quanto formano un solo tutto col fondo al quale aderiscono; quindi una ipoteca sopra di esse, come garantia del pagamento del loro prezzo, non è giuridicamente concepibile (1).

71. Dal fatto che la ipoteca legale di cui si tratta colpisce gl'immobili alienati, deriva che in essa il precetto della specialità può facilmente essere osservato. Chi iscrive l'ipoteca ha nell'atto di alienazione la precisa indicazione dei beni sui quali può farsi la iscrizione, che sono appunto quelli stati alienati con l'atto stesso.

Pur non di meno possono darsi dei casi, anco in questa speciale materia, la risoluzione dei quali non è scevra di difficoltà.

Uno di questi si presentò, non ha guari, alla corte d'appello di Torino. Si trattava di una ipoteca legale iscritta di ufficio dal conservatore delle ipoteche per sicurezza del prezzo di alienazione di una quota ereditaria; l'atto di cessione di questa quota non faceva menzione alcuna degl'immobili che vi erano compresi, e il conservatore non poteva averne desunto la descrizione che dalla nota che era stata presentata al suo uffizio per la trascrizione del titolo d'acquisto. La Corte disse nulla la trascrizione, e nulla per conseguenza la iscrizione della ipoteca legale eseguita contemporaneamente.

La nullità della trascrizione si argomentava nel concreto del caso dal disposto dell'art. 1937 n. 4 Cod. civ. il quale richiede che la nota di trascrizione contenga « *la natura e situazione dei beni a cui si riferisce il titolo con le indicazioni volute dall'art.* 1979 *Cod. civ.* ». Il titolo non si riferiva a beni immobili, nè era in esso fatto cenno che la quota ereditaria ceduta ne comprendesse; la nota di trascrizione lungi dall'essere, come la legge prescrive, una emanazione del titolo, si era quindi venuta a sostituire al mede-

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, § 284 testo e nota 4.

simo ed a farne le veci, cosa che la legge non ammette; vi era quell'assoluta incertezza sugl' immobili oggetto del trasferimento, che nuoce alla validità della trascrizione (art. 1940 Cod. civ.). Gli stessi argomenti valevano, secondo la Corte, a dimostrare la nullità dell'iscrizione ipotecaria, confrontata col disposto dell' articolo 1998 Codice civile; la nessuna corrispondenza fra la nota e il titolo induceva quell'assoluta incertezza sulla identità dei beni gravati che genera l'accennata nullità. Nè varrebbe il dire che nell'art. 1998 si parla soltanto di titolo costitutivo dell'ipoteca e che con ciò si escludono le ipoteche legali, le quali, a tutto rigore, non sono costituite dalla volontà delle parti, ma nascono per forza di legge dalla natura del contratto o dalla obbligazione; perchè l'ipoteca di cui al n. 1 dell'art. 1969 non compete al venditore che sugl'immobili alienati, e quindi è necessario che questi siano specialmente indicati nel contratto di vendita che costituisce il titolo, dal quale, se la vendita deve essere perfetta fra i contraenti e immediatamente operativa (art. 1448 Cod. civ.), occorre che resulti il reciproco consenso sulla cosa venduta; e se deve essere produttiva di effetti giuridici di fronte ai terzi, dopo la seguìta trascrizione, occorre che in qualche modo si presti a stabilire la identità dell'immobile venduto (1).

La Corte di cassazione di Torino, alla quale fu denunziata la sentenza da noi riassunta, pur rigettando il ricorso, andò in un concetto più benigno, in quanto ammise che se, per regola gene-

(1) Torino, 11 luglio 1893, *Giurispr. ital.*, 1893, I, II, 456. La redazione del periodico dopo aver osservato in nota che la decisione sembra inoppugnabile, trova abbastanza singolare che la Corte abbia potuto dire essere stata l' ipoteca legale iscritta d' ufficio dal conservatore, mentre il titolo non conteneva descrizione o indicazione alcuna degl'immobili compresi nella cessione e neppure la menzione che la quota ereditaria ceduta comprendesse beni immobili. Ma senza ricorrere alla ipotesi che il conservatore abbia indovinato che la cessione comprendeva immobili e quali, è ovvio avvertire che la descrizione dei beni fu desunta dalle note di trascrizione, e potè benissimo essere riprodotta nella iscrizione della ipoteca legale presa d'ufficio dal conservatore.

rale, anco la iscrizione delle ipoteche legali non è valida, se il titolo in base a cui vengono iscritte non contiene la specifica designazione degl'immobili da ipotecarsi, pur tuttavia può ammettersi che la specificazione possa essere fatta dal creditore nelle note d'iscrizione; però essendo coteste note opera unilaterale del creditore, i terzi non saranno tenuti a prestarvi maggior fede di quella che merita una dichiarazione qualunque di parte in causa propria; e per conseguenza, in caso di contestazione, il creditore non potrà esimersi dal provare altrimenti la identità dei beni sui quali pretende esercitare l'azione ipotecaria, con quelli sui quali l'ipoteca è accordata dalla legge (1).

Dovendo pronunziare il giudizio nostro fra le due contrarie teoriche propugnate dalle due Corti, non esitiamo a dichiarare che quella della corte d'appello meglio risponde alla lettera ed allo spirito della legge.

Nella ipoteca legale dell'alienante, che può essere iscritta soltanto sugl'immobili alienati, quali siano questi immobili, e che vi siano, deve per necessità delle cose resultare dall'atto stesso di alienazione. Certo in quest'atto la indicazione potrà essere sommaria e succinta, e potrà poi essere specificata nelle note d'iscrizione; ma la identità dei beni alienati con quelli colpiti deve resultare dal confronto del titolo con la iscrizione ed i terzi interessati devono avere il modo di conoscere da questo confronto se sia stata serbata la estensione assegnata dalla legge alla garanzia dell'alienante. Prove estrinseche, di perizia o di deposti testimoniali, non possono in questa materia essere ammesse; la corte di cassazione errò quindi nel dire che la prova testimoniale era irrilevante in un punto di fatto; doveva ritenerla addirittura inammissibile.

---

(1) Cass. Torino, 18 aprile 1894, *Foro ital.*, 1894, I, 1038. La Corte rigettò non ostante il ricorso perchè ritenne, in punto di fatto, che la prova testimoniale proposta per dimostrare la identità dei beni ipotecati con quelli compresi nell'atto di cessione fosse inconcludente.

Per quanto le ipoteche legali si iscrivano in forza di legge, pure vi è per tutte, meno per quelle dello Stato (art. 1969 n. 5), la necessità di conoscere preventivamente su quali beni devono essere iscritte; per l'ipoteca dell'alienante, lo si argomenta dall'atto stesso di alienazione; per l'ipoteca del condividente, dall'atto che fa cessare lo stato di comunione; per l'ipoteca dei minori e degli interdetti, dalla deliberazione del consiglio di famiglia che determina, siccome dice la legge, su quali beni dovrà essere iscritta: per l'ipoteca della moglie, dal contratto di matrimonio (1).

Resta, è vero, la ipoteca dello Stato, che può essere iscritta sopra i beni dei condannati senza che vi sia un titolo precedente alla iscrizione nel quale questi beni possano essere descritti; ma questa costituisce la eccezione, non la regola. La ipoteca dello Stato può dirsi legale e giudiziale insieme, e del resto non dà mai luogo a incertezza assoluta, potendo essere validamente iscritta su tutti i beni che il condannato possiede al momento della condanna (2).

C

Per garanzia di quali obbligazioni.

SOMMARIO

72. Principio generale. Soddisfacimento degli obblighi — 73. Novazione soggettiva — 74. Interessi del prezzo di alienazione — 75. Altre obbligazioni dell'acquirente — 76. Donazioni con pesi — 77. Permuta. Rifacimenti. Evizione — 78. Risoluzione del contratto — 79. Stipulazione a favore del terzo — Specialità della iscrizione.

72. La ipoteca legale di cui si parla è concessa all'alienante per assicurare l'adempimento degli obblighi derivanti dall'atto di

(1) Nel silenzio di questo contratto supplisce il legislatore dicendo che la ipoteca ha luogo su tutti i beni che il marito possiede al momento in cui la dote è costituita. (art. 1969 n. 4 capov. 1° Cod. civ.).

(2) O su tutti i beni che l'imputato possiede al momento in cui è rilasciato il mandato di cattura, che fa lo stesso (art. 1969 n. 5 capov. 1° Cod. civ.).

alienazione; se pertanto da questo atto non deriva a carico dell'acquirente obbligo alcuno, come nella donazione pura e semplice, o se dall' atto stesso resulta che gli obblighi assunti dall' acquirente, come correspettivo dell'alienazione fatta a suo favore, sono stati interamente soddisfatti, non può farsi luogo alla iscrizione della ipoteca legale, la quale sarebbe, tanto nell' una quanto nell'altra ipotesi, priva di scopo (1).

Al caso in cui gli obblighi sono stati interamente soddisfatti in un contratto di vendita, è da equipararsi quello in cui una parte del prezzo non sia stata pagata al venditore, ma sia stata, sulla concordia delle parti, depositata presso il notaro, o presso un terzo onorato della comune fiducia, per provvedere alla estinzione delle passività del venditore o al soddisfacimento di altre prestazioni dovute dal medesimo; in tal caso infatti gli obblighi derivanti dall'atto di alienazione a carico del compratore, sono stati interamente soddisfatti; e se il notaro, o il terzo, non erogassero la somma nel modo voluto, il venditore non avrebbe azione contro il compratore ma bensì contro il notaro o contro il terzo che avrebbero abusato della fiducia in essi riposta. Vi sarebbe in questo caso una novazione vera e propria, consistente nella sostituzione di un nuovo debitore all' antico (art. 1267 n. 2 Cod. civ.); la obbligazione del compratore sarebbe rimasta estinta e non potrebbe parlarsi d' ipoteca legale destinata a garantirla (2).

Se invece il venditore avesse delegato al compratore il pagamento di alcune passività, e il compratore avesse accettato tale delegazione, bisogna distinguere: o la delegazione è stata accettata anche dai creditori, i quali hanno dichiarato espressamente la loro

(1) Dispone infatti l' art. 1985 Cod. civ. al capoverso: « Tale iscrizione non avrà luogo se viene presentato un atto pubblico od una scrittura privata autenticata da notaio od accertata giudizialmente, da cui resulti che gli obblighi furono adempiuti ».

(2) Una specie di fatto identica a questa considerata nel testo fu decisa dalla Corte d'appello di Napoli (2 agosto 187", *Gazz. proc.*, VII, 593).

volontà di liberare il venditore, e allora vi ha novazione (art. 1271 Cod. civ.) e per conseguenza estinzione di ogni obbligazione di quei st'ultimo, il quale non avrebbe per ciò interesse nè diritto ad iscri vere la ipoteca legale; o la delegazione non è stata accettata da creditori, ed in tal caso, costituendo essa di fronte ai medesimi una semplice indicazione improduttiva di novazione (articolo 1272 Cod. civ.), e non essendo per conseguenza liberato il venditore, il diritto di quest'ultimo ad essere garantito con la iscrizione della ipoteca legale non può essere revocato in dubbio. Anco se i debiti di cui il pagamento fu delegato al compratore fossero ipotecariamente garantiti con speciali ipoteche sugl'immobili alienati; la legge invero non distingue, e non può distinguere il conservatore delle ipoteche chiamato dalla legge a darle esecuzione. Vi ha un obbligo derivante dal contratto di alienazione, vi è per conseguenza diritto alla iscrizione della ipoteca legale.

73. Il Codice francese parlava, riguardo al privilegio del venditore, del solo pagamento del prezzo. La nostra legge è, come si è già avvertito, più lata, perchè parla in genere di obblighi derivanti dal contratto di alienazione. Se quindi all'obbligo di pagare il prezzo fosse sostituito, fra venditore e compratore, un obbligo diverso, surrogando debito a debito, l'ipoteca legale potrebbe sempre essere iscritta.

Il venditore consente di rilasciare il prezzo nelle mani del compratore a titolo di mutuo; si ha una obbligazione derivante dal contratto di vendita, garantita per ciò, salvo il caso di rinunzia espressa, con l'ipoteca legale (1). Ciò vale, bene inteso, se la novazione oggettiva di cui si tratta resultasse dall'atto stesso di alienazione; che se invece il venditore avesse in quest'atto rilasciato quietanza al compratore, e gli avesse poi mutuato il danaro con un atto successivo, non potrebbe parlarsi d'ipoteca legale.

---

(1) Il Pont (*op. cit.*, X, 190) risolve diversamente la questione; ma è costretto a ciò dalla formula restrittiva del codice francese.

Lo stesso dovrebbe dirsi se il prezzo fosse soddisfatto in cambiali; se dall'atto resulta la creazione di questi titoli, dati e ricevuti in pagamento di prezzo, si potrebbe iscrivere l'ipoteca legale, per assicurarne il buon fine; ma non si potrebbe iscrivere se nell'atto fosse stato dichiarato puramente e semplicemente che il pagamento del prezzo ha avuto luogo. Una prova estrinseca, diretta a stabilire che l'obbligazione nuova ha causa nell'antica, dichiarata estinta, e si riconnette con l'alienazione, non potrebbe avere, di fronte ai terzi, alcun pratico resultato.

74. L'iscrizione della ipoteca legale non garantisce soltanto il prezzo, ma ancora i relativi interessi nei limiti fissati dall'articolo 2010 Cod. civ. che sarà da noi diffusamente spiegato quando scenderemo a dire degli effetti della ipoteca. Anco il pagamento degl'interessi, ove sia pattuito nell'atto di alienazione, costituisce l'adempimento di una obbligazione derivante dall'atto stesso, e siamo perciò nei termini precisi dell'art. 1969 n. 1 Cod. civ. (1).

La soluzione sarebbe diversa se nell'atto di alienazione il prezzo fosse dichiarato infruttifero, come spesso si pratica per sottrarsi al pagamento della tassa di ricchezza mobile, e gl'interessi fossero poi dovuti in forza di una controdichiarazione da avere effetto soltanto nei rapporti delle parti fra loro; in tal caso l'obbligo di pagare gl'interessi non potrebbe dirsi derivante dal contratto di alienazione e non potrebbe spiegare i suoi effetti di fronte ai terzi (2).

---

(1) PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 123; POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 145. Anco in Francia, dove la legge parla di pagamento del prezzo in ispecie, non di adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di alienazione, la questione non è controversa. Il PERSIL che nella prima edizione del suo *Régime hypothécaire* (sur l'article 2103, § 1) lo aveva negato, ebbe poi a ricredersi. Infatti anco gl'interessi del prezzo, quando sono stipulati, ne costituiscono parte integrante e ne sono un accessorio (PONT, *op. cit.*, X, 192).

(2) Lo stesso sarebbe a dirsi per la parte di prezzo dissimulata nel contratto di alienazione e promessa dal compratore per atto separato privo di data certa (articolo 1319 Cod. civ.).

Quando ancora per questi interessi fosse presa speciale iscrizione, per essere stata registrata la controdichiarazione, o per essere stata posta in essere una posteriore convenzione relativa agli interessi medesimi, la iscrizione non potrebbe spiegare il suo effetto, perchè non avrebbe riscontro nell'atto di alienazione, che è quello che dà vita alla ipoteca legale e ne determina irrevocabilmente la estensione.

75. Quello che si è detto degl'interessi, deve dirsi delle altre obbligazioni che derivano dall'atto di alienazione. Invero il pagamento del prezzo e dei relativi interessi è la principale obbligazione del compratore (art. 1507 Cod. civ.), ma non è sempre la sola; appunto perchè la legge la chiama obbligazione principale, è manifesto che altre obbligazioni accessorie possono derivarne. « *Ex vendito, actio venditori competit, ad ea consequenda quae ei ab emptore praestari oportet* » (1).

Così per esempio se il venditore si fosse riservato un diritto di uso, per quanto limitato, sull'immobile venduto, o altro diritto personale di godimento, potrebbe garantirsi con la iscrizione della ipoteca legale, purchè il diritto fosse o potesse essere valutato in una determinata somma di danaro in omaggio al principio della specialità. Un diritto di passo in un teatro, un diritto di caccia o di pesca, o altro consimile, possono escogitarsi come esempio di sì fatta estensione della ipoteca legale.

Lo stesso sarebbe a dirsi se le spese della vendita, che per legge sono a carico del compratore (art. 1455 Cod. civ.), fossero state anticipate dal venditore con animo di rivalsa; è evidente che anco per garantire il rimborso di tale anticipazione potrebbe essere iscritta la ipoteca legale.

76. Nella donazione con pesi l'iscrizione della ipoteca legale garantisce l'adempimento degli oneri che il donatario si è assunto. Ciò è evidente. Occorre soltanto avvertire che la iscrizione, in

---

(1) L. 13, § 19 D. *De action. empt. et vend.*

omaggio al principio della specialità, deve essere sempre presa per somma determinata e che può valere soltanto per questa somma. Se quindi gli oneri fossero stati erroneamente calcolati, e la iscrizione fosse stata presa per somma inferiore al valore dei medesimi, a questa somma sarebbe limitata la prelazione del donante.

77. Fu già osservato che nel contratto di permuta l'ipoteca legale spetta indubbiamente al copermutante al quale fosse dovuto dall'altro un rifacimento in danaro, il pagamento del quale è indubbiamente l'adempimento di un obbligo derivante dall'atto di alienazione.

Che dire della garanzia reciproca che i copermutanti si debbono in caso di evizione? L'art. 1552 Cod. civ. dispone che il permutante il quale ha sofferto la evizione della cosa ricevuta in permuta, può a sua scelta domandare il risarcimento dei danni o ripetere la cosa data. Se presceglie questo secondo rimedio, non può parlarsi d'ipoteca legale, perchè si avrebbe risoluzione del contratto, non adempimento del medesimo; ma se, non potendo riprendere la cosa data, perchè alienato o ipotecata dall'altro contraente prima della trascrizione della domanda di risoluzione (1), fosse costretto a reclamare il risarcimento dei danni, potrebbe valersi della ipoteca legale?

Evidentemente siamo nei termini precisi dell'art. 1969 n. 1 Cod. civ. imperocchè il risarcimento di cui si tratta è un obbligo derivante dal contratto di alienazione.

Soltanto è da avvertire che la ipoteca legale potrà avere effetto utile di fronte alle alienazioni o costituzioni d'ipoteca consentite dal permutante tenuto al risarcimento in due casi soltanto:

---

(1) È risaputo che nei casi di risoluzione rimangono salvi i diritti acquistati dai terzi sugl'immobili anteriormente alla trascrizione della domanda (art. 1553 Cod. civ.). Dal non aver tenuto presente questo principio, POCHINTESTA (I, 145 testo e nota 4) è stato condotto ad inesatte affermazioni.

1. Se sarà stata iscritta per somma determinata prima che il debitore abbia alienato con atto regolarmente trascritto l'immobile permutato;

2. Se non essendo stata iscritta prima, non sia stato neppure trascritto l'atto di permuta; in tal caso le trascrizioni di alienazioni e le iscrizioni ipotecarie, per quanto anteriormente eseguite, non pregiudicano al permutante che fa trascrivere l'atto stesso e contemporaneamente ottiene, per somma determinata, la iscrizione della ipoteca legale. Il principio eccezionale dell'art. 1942 capov. Cod. civ. serve in tal caso a tutelare il suo interesse.

78. Se l'alienante, lungi dal domandare l'adempimento degli obblighi derivanti dal contratto d'alienazione, qualunque esso sia, ne domanda la risoluzione (art. 1080, 1511, 1552, 1787 Cod. civ.), il risarcimento dei danni a cui ha diritto, sia per deterioramenti arrecati all'immobile alienato, sia per rimborso di spese, sia per diritti concessi ai terzi e dichiarati salvi dalla legge, purchè acquistati prima che sia trascritta la domanda di risoluzione, non è garantito dalla ipoteca legale.

Infatti non si tratta della esecuzione del contratto, ma del suo scioglimento; non si tratta di obblighi derivanti dal contratto di alienazione, ma di obblighi che hanno la loro ragione di essere nella risoluzione del medesimo.

I commentatori sono su ciò d'accordo (1); ed è d'altronde ovvio osservare che l'ipoteca legale non potrebbe avere per l'alienante alcun effetto utile, in quanto dovrebbe esercitarla sull'immobile che torna in suo potere.

79. Che dire delle obbligazioni stipulate dall'alienante in un atto di alienazione, non a favore proprio, ma bensì a favore di un terzo? Se per esempio il donatario o il compratore di un immobile si obbligassero a pagare una prestazione vitalizia alla moglie,

---

(1) Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, I, 123; Pochintesta, *op. cit.*, I, 145; Pont, *op. cit.*, X, 193.

o ad un altro parente del donante o del venditore, potrebbe la relativa obbligazione essere garantita con la iscrizione della ipoteca legale?

Per risolvere la questione occorre ricordare il principio posto dal legislatore nostro riguardo alle stipulazioni a favore del terzo.

Dopo aver dichiarato nell'art. 1128 Cod. civ. che nessuno può stipulare in suo proprio nome fuorchè per sè medesimo, il legislatore così dispone nel capoverso: « Tuttavia può ciascuno stipulare a vantaggio di un terzo, quando ciò formi condizione di una stipulazione che fa per sè stesso, o di una donazione che fa ad altri. Chi ha fatto questa stipulazione non può più revocarla se il terzo ha dichiarato di volerne profittare ».

L'articolo citato aiuta nel porre nettamente la questione. Tizio dona o vende un immobile a Sempronio, a condizione che corrisponda una prestazione vitalizia a Cajo; Cajo dichiara di voler profittare di questa stipulazione; potrà utilmente essere iscritta la ipoteca legale per garantire il soddisfacimento della obbligazione assunta da Sempronio?

Il Laurent si mostra esitante, ma finisce col negarlo. Per essere garantito con ipoteca legale, dice questo scrittore, il credito deve costituire parte di prezzo; ora, per il terzo, il credito di cui si tratta non costituisce parte di prezzo, perchè egli non ha venduto, e non ha, per conseguenza, diritto al prezzo (1).

Uno scrittore nostro ha creduto di superare la difficoltà osservando che se la questione può essere stata risoluta negativamente sotto l'impero di quelle legislazioni che restringono la prelazione del venditore al pagamento del prezzo, ciò non può avere influenza di fronte alla legge italiana, la quale accorda la garanzia, non già per il solo pagamento del prezzo, ma bensì per gli obblighi tutti che derivano dall'atto di alienazione, partendo per

---

(1) *Op. cit.*, XXX, 10, ove cita una sentenza in questo senso (Bruxelles, 14 juin 1817, *Pasicrisie*, 1817, p. 292).

conseguenza dal concetto che la ipoteca deriva, non già dalla qualità della persona, ma bensì dalla causa del credito (1).

Con ciò la questione è ben lontana dall' essere risoluta. La legge enumera l'alienante fra le persone che hanno ipoteca legale. Ora il terzo a favore del quale è stipulata la obbligazione non è l'alienante: si ha la obbligazione derivante dall'atto di alienazione, ma non si ha il credito a favore della persona alla quale è tassativamente accordata la speciale garanzia.

Questa considerazione sembra a noi decisiva. Per noi ha ragione il Laurent. La prestazione di cui si tratta potrà essere garantita dall'acquirente con ipoteca convenzionale; ma se a ciò non si fosse provveduto, non si potrebbe supplire con l' ipoteca legale. Se questa fosse iscritta, gl' interessati potrebbero opporsi alla collocazione ipotecaria del terzo nel giudizio di graduazione.

80. Una importante applicazione del principio che anche la ipoteca legale dell' alienante è soggetta al principio della specialità, ebbe a farla la Corte d' appello di Casale in una specie di fatto che non è inutile ricordare.

Venduto all' asta il Politeama Alfieri in Asti, il municipio, che si era riservato la proprietà di alcuni palchi, nonchè diritti speciali verso il proprietario per le rappresentazioni da darsi in ogni anno, con obbligo correlativo del proprietario di adempiere agli oneri sotto pena del pagamento di una penale determinata, pretendeva che l' ipoteca legale iscritta contro l'aggiudicatario in ordine all'art. 2089 Cod. civ. restasse ferma, non ostante l' avvenuto pagamento del prezzo di aggiudicazione, per garantire i surricordati diritti e l'adempimento degli oneri correlativi.

Il bando di vendita coatta aveva indicato chiaramente i diritti riservati al municipio, anche in confronto dell' aggiudicatario, e l' ipoteca legale era stata iscritta anche per l'adempimento degli oneri di cui si tratta. Ma la Corte, pure ammettendo che

(1) Pacifici-Mazzoni, *op.* e *loc, cit.*, I, p. 260.

l'aggiudicazione avesse trasferito nell'acquirente le obbligazioni assunte dal precedente proprietario in confronto del municipio, ritenne che l'ipoteca legale iscritta a norma dell'articolo citato fosse inefficace ad assicurare l'adempimento di quelle obbligazioni, perchè nella relativa nota non era stata indicata somma alcuna che stesse a rappresentarne il valore.

In questa parte della sua motivazione la sentenza è indubbiamente incensurabile, dovendo valere per ogni ipoteca, e così ancora per l'ipoteca legale dell'alienante, il principio che essa non può sussistere che per somma determinata in danaro (art. 1965 Cod. civ.), principio che è ripetuto ed esplicato nei successivi articoli 1987, 1992.

Ma la Corte, che avrebbe potuto arrestarsi qui, poichè quella da lei espressa era la vera ragione della decisione resa, volle invece spingersi più oltre ed aggiungere un altro motivo: « Ma a ritenere, disse la Corte, l'ipoteca di niun effetto e non dovuta affatto per l'effetto di garantire le condizioni sopra esposte, è inoltre a considerarsi che l'ipoteca legale di cui nell'art. 2089, è intesa ad assicurare l'interesse dei creditori e del debitore unicamente pel pagamento del prezzo e dei relativi interessi, tanto è vero che l'art. 719 Cod. proc. civ. dà diritto al compratore di ottenerne la cancellazione definitiva ove giustifichi l'integrale pagamento del prezzo della vendita con gl'interessi. E nel caso in esame l'ipoteca stessa non può giovare al municipio, sia perchè questi non figura tra i creditori di Sebastiano Porcelli, e sia perchè i diritti del municipio non riguardano il prezzo della vendita, ma oneri imposti al deliberatario, affatto estranei all'interesse dei creditori e dello stesso debitore; nè per sostenere la validità dell'ipoteca giova, come fece il Tribunale, ricorrere all'art. 1969 Cod. civ. il quale non è applicabile alle vendite forzate, provvedendo per queste l'art. 2089 in relazione agli altri art. 2012 e 2042 del Cod. stesso » (1).

(1) Casale, 25 novembre 1881, *Giurispr. casal.*, 1881, 373.

Tutto questo ragionamento ha a parer nostro il vizio d'origine di considerare l'ipoteca iscritta dal cancelliere del tribunale in ordine all'art. 2089 Cod. civ. come qualche cosa di diverso dall'ipoteca concessa all'alienante dall'art. 1969 n. 1; si tratta della stessa ipoteca, con la sola modificazione che è iscritta a favore della massa dei creditori per le collocazioni alle quali hanno diritto, e dello stesso debitore espropriato per gli eventuali residui che possono resultare a suo favore nel giudizio di liquidazione. Questa ipoteca non garantisce adunque il puro pagamento del prezzo coi relativi interessi, ma può garantire inoltre gli obblighi derivanti dall'atto di alienazione che è, nel concreto del caso, la sentenza di aggiudicazione. Poichè nel bando erano specificati gli oneri che l'aggiudicatario del teatro era tenuto ad assumersi di fronte al municipio, questi oneri derivavano dalla sentenza, che riportava testualmente le condizioni scritte nel bando di vendita, ed erano poi parte di prezzo, in quanto è a presumere che l'aggiudicatario tenesse conto della diminuzione di rendita che poteva derivarne per diminuire di altrettanto la sua offerta.

La sentenza decise rettamente la questione, perchè mancava nell'iscrizione la specificazione della somma rappresentante gli oneri posti dal bando a carico dell'aggiudicatario; ma errò quando disse che questi oneri non erano parte di prezzo e che per essi non si sarebbe potuta iscrivere la ipoteca legale.

D

Effetti speciali dell'art. 1942 cap. Cod. civ.

SOMMARIO

81. Eccezionale retroattività — 82. Suoi effetti — 83. Accessori del prezzo dovuto.

81. L'ipoteca legale dell'alienante presenta nel sistema ipotecario stabilito dal Codice civile il solo caso in cui si faccia ec-

cezione al principio della pubblicità, proclamato incondizionatamente nell' art. 1965 Cod. civ. ed estrinsecato poi nell' art. 2007 con le parole « l' ipoteca produce effetto e prende grado dal momento della sua iscrizione ».

Dal fatto che nelle legislazioni anteriori il venditore godeva di un privilegio, operativo di effetto indipendentemente dalla iscrizione, o assicurato nel suo esercizio con la retroattività della iscrizione operata entro un certo termine dal momento della vendita (1), il legislatore italiano è stato indotto a dettare la norma eccezionale dell' art. 1942 primo capov. Cod. civ., per la quale, sino a che non sia seguìta la trascrizione, non può avere effetto a pregiudizio dell' ipoteca concessa all' alienante dall' art. 1969 alcuna trascrizione od iscrizione di diritti acquistati verso il nuovo proprietario.

Osservammo di sopra (n. 32) che la infrazione del principio di pubblicità non è per questa disposizione specialissima così grave come potrebbe sembrare a prima vista, perchè chi contratta con persona che ha acquistato un immobile per atto tra vivi, prima di trascrivere od iscrivere contro di lui un atto traslativo di proprietà o una ipoteca convenzionale, deve essere cauto di verificare se è stato trascritto il precedente titolo d' acquisto.

Dovendo il conservatore per l' art. 1985 Cod. civ. iscrivere d'ufficio l' ipoteca legale quando gli viene presentato per eseguire la trascrizione un atto di acquisto tra i vivi, sempre che non sia dimostrato che gli obblighi derivanti dall'atto stesso furono inte-

---

(1) In questo senso (trenta giorni) disponeva la legge francese sulla trascrizione 23 maggio 1855, art. 6; il Codice albert. 2205 accordava 3 mesi. Il progetto Pisanelli dava effetto retroattivo all'iscrizione della ipoteca legale dell'alienante, purchè presa nel termine di venti giorni dalla data dell'alienazione (V. *Relazione Pisanelli*, 193); ma fu poi seguito il sistema già adottato dal Codice estense, articoli 2109, 2142, ispirato alla legge francese 11 brumaio anno VII. Il Codice estense fu pubblicato con decreto 25 ottobre 1851 e andò in vigore col 1° febbraio 1852.

ramente soddisfatti, chi contratta con l'acquirente può agevolmente evitare ogni danno, esigendo la preventiva trascrizione del suo titolo, ove non fosse stata eseguita al momento in cui l'atto fu posto in essere; per escogitare un pregiudizio, bisogna ricorrere all'ipotesi che il conservatore non operi d'ufficio la iscrizione alla quale è tenuto per legge, e che, convenuto in giudizio pel risarcimento dei danni, resulti non solvente (1). Alla qual cosa è facile rispondere, che la legge, proclamando la responsabilità dei conservatori delle ipoteche (art. 2067 Cod. civ.) ed obbligandoli a dare cauzione (2), provvede nei limiti del possibile a tale eventualità; la quale può dirsi addirittura remota e non calcolabile, mentre l'attuazione dell'art. 1985 Cod. civ. si presenta facilissima ed è di per sè tale, da garantire pienamente l'interesse dei terzi.

Chi contratta con l'acquirente non può pertanto essere danneggiato dalla ipoteca legale dell'alienante non iscritta sui registri ipotecari, se non quando non siasi dato cura di esigere la preventiva trascrizione del titolo d'acquisto; e poichè è principio fermissimo di diritto che le leggi devono proteggere i diligenti, non incoraggiare la negligenza e la trascuraggine, non ci sembra che possano muoversi seri obietti contro l'operato del legislatore. Di fronte alla negligenza e alla trascuraggine non vi è cautela che valga. Anche chi impresta il proprio danaro sopra uno stabile già ipotecato, per non avere ispezionato accuratamente i registri, o per non avere richiesto il certificato contro gli autori, va esposto a sicuro danno: dovrà per questo incolparsene il sistema di pubblicità?

82. Deve adunque ritenersi per fermo che fino a quando l'acquirente di beni immobili non ha fatto trascrivere il contratto di acquisto, niuna ipoteca iscritta su quelli dai suoi creditori ha ef-

---

(1) MIRABELLI, *Diritto de' terzi*, I, p. 294.

(2) R. Decreto 13 settembre 1874 n. 2071 approvante il testo unico delle leggi sulle tasse ipotecarie ecc. art. 28.

ficacia contro l'ipoteca legale dell'alienante non soddisfatto del prezzo di alienazione (1).

Ciò non significa che il nuovo acquirente che non ha pagato il prezzo e che non ha trascritto il suo titolo, non sia libero di disporre dell'immobile acquistato; egli ha facoltà d'imprimervi delle ipoteche che i creditori possono iscrivere; ha facoltà di assoggettarlo a servitù il di cui atto costitutivo può essere trascritto dai concessionari; ha facoltà di alienarlo ad un terzo acquirente che può trascrivere il suo titolo; acquista, alla sua volta, l'ipoteca legale pel pagamento del prezzo; ma tanto le iscrizioni dei creditori, quanto gli atti d'imposizione di servitù e le alienazioni, si hanno come non eseguite di fronte al primo alienante, il quale, trascrivendo il suo atto di vendita, ed ottenendo la contemporanea iscrizione della sua ipoteca legale, ha diritto di espropriare l'immobile e di ottenere pagamento del prezzo come se le iscrizioni e le trascrizioni intermedie non fossero state eseguite (2).

---

(1) Casale, 31 dicembre 1873, *Annali di giurispr. it.*, VII, II, 507; Firenze, 26 giugno 1872, *ivi*, 353; Cass. Firenze, 9 giugno, 1874, *Annali predetti*, VIII, I, 1, 436; Napoli, 22 febbraio 1875, *Annali predetti*, IX, II, 286. Un caso singolare fu deciso dalla Cass. di Roma con sentenza 10 maggio 1876 (*Foro it.*, I, 1084). Si trattava di un acquirente che fu espropriato senza che avesse trascritto il suo titolo; e fu detto che l'alienante poteva far valere la sua ipoteca legale, benchè non iscritta, nel giudizio di graduazione, ed essere preferito ai creditori iscritti contro l'acquirente.

(2) V. nota apposta dalla direzione degli *Annali di giurispr. it.*, alla citata sentenza di Casale del 31 dicembre 1873 (VII, III, 507). Il Gabba (*Natura ed effetti della trascrizione*, in *Questioni di diritto civile*, p. 23), osserva che il capoverso dell'art. 1942 è una eccezione al principio contenuto nella prima parte dello stesso articolo. Ciò non ci sembra esatto: le sentenze e gli atti enumerati nell'articolo 1932 Cod. civ. fino a che non sono trascritti non hanno alcun effetto riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato e legalmente conservato diritti sull'immobile, di guisa che si può validamente iscrivere e trascrivere contro l'antico proprietario fino a che il nuovo non ha trascritto il suo titolo. È una estensione di questa regola, non una eccezione, la disposizione del capoverso: « *fino a che non sia seguita la trascrizione* ecc. ». Essa si-

83. Dato che l'ipoteca legale dell'alienante sia iscritta al momento in cui viene trascritto il titolo e dopo la iscrizione o trascrizione di ipoteche o di atti traslativi contro l'acquirente, varrà la ipoteca stessa soltanto pel prezzo capitale o anche pei relativi interessi?

È una ipoteca che agisce come privilegio, ed agisce quantunque non iscritta, non già perchè il legislatore abbia voluto fare uno strappo nel sistema della pubblicità, ma bensì perchè, spinto sulla perigliosa china di tutelare quello che si disse « *sacro diritto* » dell'alienante, e che poteva senza danno essere abbandonato caso per caso alla sua particolare oculatezza, reputò opportuno di dare alla trascrizione, diretta principalmente a proteggere l'acquirente, l'ufficio inverso di proteggere l'alienante, per il riflesso che fino a quando l'acquirente non ha trascritto il suo titolo i terzi non possono lagnarsi se si trovano pregiudicati dalla ipoteca legale, perchè dovevano esigere, prima di acquistare dei diritti contro l'acquirente, che il medesimo trascrivesse il suo titolo.

Sorge pertanto il dubbio se l'ipoteca legale non iscritta, e non di meno operativa di effetto di fronte ai terzi per la mancanza di trascrizione dell'atto di alienazione, valga soltanto pel capitale che resulta dovuto per l'atto stesso, o valga ancora per gl'interessi; e non mancano giudicati in senso restrittivo, in quanto è sembrata inapplicabile al caso la regola dell'art. 2010 Cod. civ. che estende agli accessori del credito, interessi e spese, lo effetto utile della iscrizione ipotecaria presa per la sorte principale (1).

---

gnifica infatti che non si può validamente iscrivere e trascrivere contro il nuovo proprietario, in pregiudizio dell'antico e della sua ipoteca legale, finchè il titolo non è trascritto. Non è una eccezione, è piuttosto l'applicazione dello stesso principio al caso inverso. Così si spiega l'avverbio « *parimente* » con cui incomincia la disposizione. Per le speciali questioni alle quali dà luogo la disposizione dell'art. 1942 capov. Cod. civ. in relazione agli art. 1969 n. 1, 1985, questioni che escono dalla cerchia del nostro trattato, confr. GABBA, *op. cit.*; LUZZATI, *Della trascrizione*; MIRABELLI, *Diritto dei terzi*, p. 120 e seg.

(1) Messina, 15 marzo 1894, *Riforma giurid.*, 1894, 236.

Sembra a noi che il dubbio non abbia ragione di esistere. Dal momento che l'ipoteca legale, nel caso speciale di cui si tratta, produce il suo effetto indipendentemente dalla iscrizione, non si può scindere la posizione giuridica della sorte principale da quella degli accessori. Se la iscrizione del capitale serve per far collocare nello stesso grado gl'interessi nei limiti fissati dall'articolo citato, se la iscrizione del capitale serve per far collocare nello stesso grado, in virtù dello stesso articolo, le spese indicate nel medesimo, cio deve logicamente valere anco nel caso speciale in cui la iscrizione si prenda non già al momento dell'alienazione, ma bensì al momento in cui viene trascritto l'atto relativo; se tale iscrizione ha efficacia retroattiva nel senso che non può essere pregiudicata dalle trascrizioni o iscrizioni eseguite contro lo acquirente, non si scorge per quale ragione ciò dovrebbe aver luogo pel capitale, non per gl'interessi nè per le spese, che ne formano un accessorio e costituiscono con esso un tutto inseparabile.

§ 2.

Ipoteca legale del condividente.

SOMMARIO

84. Disposizione della legge. Osservazioni generali — 85. Divisione fatta dal padre — 86. Licitazioni — 87. Differenze fra questa ipoteca e quella dell'alienante. Obbligatorietà dell'iscrizione. Rinunzia espressa e tacita — 88. Difficoltà pratiche. Necessità di riforme — 89. Su quali beni ha luogo questa ipoteca — 90. Per quali crediti — 91. Crediti resultanti da rapporti anteriori o posteriori alla divisione — 92. Estensione agl'interessi.

84. Anco qui il Codice italiano ha convertito in ipoteca legale il privilegio dei Codici anteriori, limitando la garanzia al credito certo dei rifacimenti e conguagli, mentre il privilegio era concesso anco per i danni eventuali della evizione (1). Con ciò si è

(1) Cod. civ. franc. art. 2103: « Les créanciers privilégiés sur les immeubles sont... 3° Les cohéritiers, sur les immeubles de la succession, pour la

reso possibile di applicare anco in questa materia il principio della specialità; il rifacimento e conguaglio resulta in cifra determinata dall'atto che fa cessare la comunione, mentre la vicendevole garanzia che i condividenti si debbono per le molestie ed evizioni procedenti da cause anteriori alla divisione (art. 1035 Cod. civ.), essendo da principio incerta, non soltanto nella sua entità ma ancora nel suo verificarsi, non si presta alla iscrizione per somma determinata di danaro. Erano da temere eccessi o insufficienze, che il legislatore ha opportunamente voluto evitare (1).

Con ciò si è ristretta la ipoteca di cui si tratta a pochi casi ed a somme di lieve entità, facilitando la libera trasmissione dei beni e svincolando la proprietà fondiaria da oneri non giustificati. Se vi è ragione di temere evizioni o molestie, i condividenti possono cautelarsi con ipoteche convenzionali; le quali presentano il vantaggio di potere essere limitate a beni particolarmente indicati, mentre la estensione dell'antico privilegio alla intera quota, era causa di manifesti inconvenienti (2).

I coeredi, i soci ed altri condividenti, hanno pertanto ipoteca

---

garantie des partages faits entre eux, et des soultes ou retour de lots »; Cod. napoletano art. 1972 n. 3; Cod. parm. art. 2147. I Cod. albertino (art. 2158 n. 3) ed estense (art. 2173 n. 2) disposero pei coeredi, soci e condividenti in generale, mentre i precedenti parlavano soltanto di coeredi. Tacevano su questo privilegio la legge ipotecaria toscana e il regolamento pontificio.

(1) Cass. Napoli, 26 gennaio 1880, *Gazz. Proc.*, XII, 559.

(2) Il Pont, censurando la disposizione del Codice francese, la dice in contradizione col principio, ammesso anco nel Codice nostro, che la divisione è atto dichiarativo, non traslativo (art. 1034 Cod. civ.). La censura non può estendersi all'art. 1969 n. 2 Cod. civ. perchè, come già fu avvertito (sopra n. 45), la ipoteca fu limitata a quella parte del contratto di divisione che racchiude una vera vendita (Pont, *op. cit.*, X, 199). Erra pertanto il Pochintesta (*op. cit.*, I, 150) laddove dice che l'ipoteca legale del condividente ha fondamento sul principio di eguaglianza; essa è fondata, come quella dell'alienante, sulla protezione accordata alla trasmissione della proprietà immobiliare; l'errore dipende dall'aver preso a guida il Pont (*loc. cit.*) senza avvertire che nel diritto nostro la ipoteca non è data per sicurezza della evizione.

legale sugl' immobili caduti nella eredità, società e comunione, per il pagamento dei rifacimenti e conguagli (art. 1969 n. 2 Cod. civile).

La ipoteca legale spetta ad ogni condomino, sia che il condominio abbia avuto vita da contratto, sia che abbia avuto origine da fatto extra-contrattuale. La legge comprende nella generalità delle sue espressioni ogni condominio, ed ogni atto che tenda a farlo cessare; la ipoteca appartiene dunque ai coeredi, siano essi tali per legge o per testamento; ai soci, tanto se la società sia civile, quanto se sia commerciale; a ogni altro condividente, qualunque sia l'atto in virtù del quale ebbe origine la comunione incidentale (1).

85. La ipoteca spetta al condividente qualunque sia la forma attribuita all'atto che fa cessare la divisione, purchè ne resulti a carico di uno dei condividenti l'obbligo di pagare un conguaglio o rifacimento all'altro. Se ne è dubitato quanto alla divisione fatta dal padre, dalla madre o da altri ascendenti fra i loro discendenti (articolo 1044 Cod. civ.), per il carattere ambiguo di questo atto, più tosto traslativo che dichiarativo (2); ma è ovvio riflettere che se è traslativo in quanto trasferisce la proprietà dall' ascendente nei discendenti, è dichiarativo in quanto distribuisce fra questi ultimi la proprietà trasferita; il fatto che la legge accorda il diritto d' impugnare la divisione se uno dei discendenti e stato leso nella porzione legittima, congiunto all'altro che la legge accorda, in certi casi, la rescissione per causa di lesione, dimostra che l'eguaglianza, o almeno la proporzionalità delle quote, è voluta dal legislatore; ed allora se vi sono conguagli o rifacimenti in danaro, non vi è dubbio che siamo in uno dei casi pre-

---

(1) Anco in diritto francese, sebbene il Codice francese parli soltanto di coeredi, la estensione del privilegio agli altri condividenti era ammessa senza contrasto, come può vedersi in Pont, *op. cit.*, X, 200.

(2) Laurent, *op. cit.*, XXX, 28.

visti dall' art. 1969 n. 2 e che per conseguenza vi è diritto ad iscrivere l'ipoteca legale (1).

86. La cosa è anche più evidente nel caso in cui i condividenti si siano accordati per la vendita agl' incanti, con esclusione di estranei, degl' immobili che non si prestano ad una comoda divisione (art. 988 Cod. civ.); acquistando ognuno dei coeredi per prezzi diversi una parte dei beni esposti all' incanto, i rifacimenti in danaro che restassero dovuti dall' uno all'altro possono essere assicurati con la iscrizione di cui si tratta. Ma se gl' immobili ereditari fossero acquistati da uno solo dei coeredi, il prezzo dovuto non sarebbe rifacimento ai sensi dell'art. 1969 n. 2; sarebbe più tosto prezzo di alienazione e la ipoteca da iscriversi sarebbe quella di cui all' art. 1969 n. 1 Cod. civ.

Bisogna dunque distinguere: se tutti i condividenti si rendono aggiudicatari per via di licitazione privata di una parte degl' immobili ereditari, avendo luogo la compensazione dei prezzi respettivamente dovuti a concorrenza del loro valore, si ha una divisione vera e propria, che dà luogo alla ipoteca legale soltanto per le differenze ed a favore di quelli fra i condividenti ai quali sono dovute; ma se invece uno dei condividenti acquista tutti gli immobili compresi nella comunione, si ha l'alienazione, e per conseguenza il diritto alla iscrizione della ipoteca per il prezzo intero, come se uno dei coeredi avesse venduto all'altro la sua quota sui beni della eredità.

Gli scrittori dicono generalmente che se nella licitazione i beni sono aggiudicati a un terzo, essa è una vera vendita; se sono aggiudicati a uno dei condividenti è una divisione (2); ma tale opinione, espressa in modo così assoluto, non è ammissibile; la prima proposizione è indubbiamente esatta, ma non lo è egualmente la seconda. Quando infatti uno solo dei condividenti acqui-

(1) Milano, 13 novembre 1893, *Monit. trib. Mil.*, 1894, 51.

(2) PONT, *op. cit.*, X, 208, 291; POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 151.

sta tutti gl' immobili caduti in comunione e gli altri sono creditori dell' intero prezzo, come può parlarsi di divisione? E viceversa, quando tutti acquistano una parte dei beni comuni, e ciò che resta dovuto è soltanto un rifacimento, come può parlarsi di alienazione?

Si supponga che tre condividenti acquistino uno per 80, uno per 100, l' altro per 120 i beni immobili della eredità; quello che ha acquistato per 100 nulla deve e compensa col prezzo da lui dovuto la sua quota di condominio; soltanto quello che ha acquistato per 120 deve 20 all' altro che ha acquistato per 80. Dire che in tal caso è dovuta a tutti, per tutto il prezzo, la ipoteca legale dell' alienante (1), è un errore non meno grave dell'altro superiormente accennato; là si pecca per difetto, qua per eccesso, ammettendosi la ipoteca legale a garanzia di obbligazioni che rimangono estinte, al momento stesso in cui sorgono, per via di compensazione (art. 1286 Cod. cv.).

L'art. 988 Cod. civ. da cui ha origine la disputa è compreso nel titolo delle successioni, sotto la rubrica che tratta delle divisioni, le quali sono dichiarative non traslative della proprietà; se pertanto la licitazione non degenera in alienazione vera e propria, per quella parte per la quale si mantiene dichiarativa, non può parlarsi d' ipoteca legale dell' alienante a norma dell' art. 1969 n. 1: siamo nel caso dell' art. 1969 n. 2 e l' ipoteca ha luogo nei limiti ben più ristretti tracciati da questo testo di legge.

87. A differenza della ipoteca dell'alienante, che deve essere iscritta d'ufficio dal conservatore delle ipoteche, sotto pena del risarcimento dei danni, al momento stesso in cui gli viene presentato l'atto di alienazione per essere reso pubblico mediante la trascrizione (art. 1985 Cod. civ.), la iscrizione della ipoteca legale del condividente non è posta a carico di alcuno. Può iscriverla il con-

---

(1) Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, I, 126.

dividente a cui il conguaglio o rifacimento è dovuto; ma la legge non ha creduto di spingere la protezione del rapporto giuridico di cui si tratta fino al punto di esigere che l'ipoteca sia iscritta necessariamente a cura di persone determinate e con la sanzione di speciali penalità.

È per conseguenza oziosa ogni indagine diretta a ricercare se il condividente abbia facoltà di rinunziare alla ipoteca stabilita dalla legge nel suo interesse; non soltanto egli può rinunziarvi espressamente con una speciale convenzione in questo senso inserita nell' atto di divisione; ma può rinunziarvi tacitamente non domandandone la iscrizione.

In ciò sta una prima e sostanziale differenza fra l'ipoteca legale del condividente e quella dell'alienante. La divisione, essendo dichiarativa non traslativa di proprietà, non è soggetta alla formalità della trascrizione; per conseguenza non era possibile imporre per questa, come per l'alienazione, l'obbligo della iscrizione d'ufficio al conservatore. Sarebbe d'altronde stata cautela superflua il prescrivere che la ipoteca legale del condividente dovesse essere iscritta per cura del notaio che stipula l' atto di divisione, come prescrive, per l' ipoteca legale spettante alla moglie, l' art. 1982 Cod. civ. Il legislatore ha giustamente pensato che il condividente la può iscrivere da sè, quando non gli piaccia rinunziare a questa cautela.

Non essendo la divisione sottoposta alla formalità della trascrizione, e non dovendo per conseguenza essere l' ipoteca legale del condividente iscritta d' ufficio dal conservatore, ne consegue, ed in ciò si ha una seconda e sostanziale differenza fra questa ipoteca e quella dell'alienante, che non ha luogo l' applicazione dell'articolo 1942 capov. Codice civile. La ipoteca legale del condividente non gode dell' eccezionale favore di questo capoverso; essa è soggetta alla regola generale dell'articolo 2007 Codice civile ed ha per conseguenza effetto e prende grado dal momento della sua

iscrizione (1). L'articolo 1034 Codice civile abbraccia nella sua generica dizione ogni divisione: quella ancora in cui, essendo dovuto un rifacimento in danaro, si ha in parte una vera alienazione. È vero che l'ipoteca legale del condividente, abolita per i casi di evizione, fu conservata per questa parte soltanto; ma il legislatore, conservandola, la volle assoggettata a norme diverse. L'avere mantenuto l'ipoteca legale del condividente nei soli casi nei quali la divisione comprende una vendita, e per la parte per cui è vera vendita, non vuol dire che siasi inteso di estendere a questa ipoteca le norme eccezionali scritte nella legge per l'ipoteca dell'alienante; sono due distinte ipoteche, contemplate in due numeri diversi dello stesso articolo, e ciascuna ha norme sue proprie. Per sostenere il contrario bisogna intendere l'art. 1942 capov. Cod. civ., che parla soltanto della ipoteca legale dell'alienante, come se parlasse di questa e dell'ipoteca legale del condividente insieme; ma ciò non è ammissibile, per la ragione che si tratta di una disposizione affatto eccezionale che modifica la regola generale, fondata sul principio della pubblicità, in forza della quale la ipoteca ha effetto e prende grado dal momento della sua iscrizione.

88. La soluzione da noi data alla questione proposta nel numero precedente è incontrastabile ed è luminosamente dimostrata dalla Cassazione fiorentina nella sentenza citata in nota. Nondimeno nella pratica possono incontrarsi serie difficoltà. Gl'istituti di credito fondiario nel concedere i mutui ipotecari, trascurando il principio fondamentale dell'art. 1034 Cod. civ., esigono la trascrizione degli atti di divisione. Chi ricorre a questi istituti e ha ne-

---

(1) La Cass. di Napoli (27 agosto 1875, *Gazz. proc.*, VIII, 574) decise in contrario che il condividente è per la plusvalenza un alienante e gode per questa della ipoteca legale dell'alienante e del benefizio dell'art. 1942; ma successivamente ebbe a ricredersi (Cass. Napoli, 24 maggio 1882, *Foro it.*, VII, I, 1048); in questo senso: Cass. Firenze, 23 marzo 1876, *Annali di giurispr. it.*, X, I, 187; Palermo, 15 settembre 1893, *Circ. giurid.*, 1894, 238.

cessità del loro danaro, non è in condizione di discutere liberamente; deve subire la loro volontà, o rinunziare ai vantaggi della operazione. Procedendosi pertanto alla trascrizione, e resultando dall'atto di divisione dovuto un conguaglio, i conservatori delle ipoteche, consapevoli della grave responsabilità che loro incombe, sono necessariamente condotti ad iscrivere d'ufficio la ipoteca legale, considerando la divisione, per la parte che si riferisce al conguaglio, come una vera alienazione. Ed ecco sorgere la questione se la tardiva iscrizione di tale ipoteca possa avere efficacia retroattiva, come se si trattasse della ipoteca legale dell'alienante; se, in altri termini, il condividente possa essere pregiudicato dalle iscrizioni o dalle trascrizioni eseguite prima che sia trascritto il titolo in forza del quale il conguaglio gli è dovuto.

La questione, per le cose anzidette, a noi non par dubbia; ma ciò non toglie che la sola possibilità che venga sollevata, costituisce un grave inconveniente.

Al medesimo potrebbe ovviarsi in una eventuale revisione delle disposizioni concernenti questa materia, col sopprimere la ipoteca legale del condividente, la quale, ridotta com'è ai soli conguagli e rifacimenti, ha una importanza affatto secondaria.

Del resto, se per attuare in tutte le sue conseguenze la legge 1° marzo 1886 sulla perequazione fondiaria, si procedesse, come pur dovrebbe farsi, alla revisione del vigente regime ipotecario, ed alla istituzione del registro fondiario, altre e ben più sostanziali riforme, tutte coordinate al sistema della più perfetta pubblicità, sarebbero da introdursi; prima fra tutte l'abolizione del principio contenuto nel capoverso dell'art. 1942 Cod. civ. Dimostrando che gl'inconvenienti e i danni di questo eccezionale principio non sono così gravi come a prima vista potrebbe sembrare, abbiamo inteso di attenuarne i difetti, non di farne l'apologia. Nel nostro sistema, tutto fondato sulla pubblicità, questo principio altro non rappresenta che una stonatura, non giustificata da un reale bisogno di protezione, originata, piuttosto che da una ponderata

considerazione di generali interessi, da una esagerata importanza attribuita all'antico istituto del riservo di dominio, che ha ormai fatto il suo tempo.

89. Su quali beni è data l'ipoteca legale dell'art. 1969 n. 2? Prendendo alla lettera l'espressione usata dal legislatore in questo articolo, si insegna da taluno che la ipoteca è data su tutti gli immobili caduti nella eredità, società o comunione, e non soltanto su quelli compresi nel lotto del condividente dal quale il rifacimento o conguaglio è dovuto, e contro del quale, per conseguenza, è dalla legge accordata la garanzia; ed a sostegno di questo insegnamento si osserva, che il rifacimento dovuto ad un condividente ad un altro interessa anche gli altri condividenti, essendosi pel suo mezzo resa possibile la divisione della cosa comune riguardo a tutti, e che perciò tutti debbono concorrere alla garanzia di quel credito (1).

Noi siamo di contrario avviso. Quando l'ipoteca del condividente riguardava non soltanto i conguagli, ma ancora la garanzia delle quote, era necessario che si estendesse a tutti quanti i beni compresi nella divisione; essendo obbligato ogni coerede a tenere indenne il suo coerede della perdita cagionata dalla evizione in proporzione della sua quota ereditaria, e dovendo repartirsi fra i coeredi solventi la parte non soddisfatta dal coerede non solvente (art. 1036 Cod. civ.), tale estensione della ipoteca derivava dallo stesso suo oggetto; ma dal momento che l'ipoteca legale dell'alienante è stata dal Codice italiano limitata alla garanzia dei rifacimenti e conguagli, la logica e la ragione della legge vogliono che sia ristretta ai beni immobili assegnati a quello fra i condividenti che ne è debitore. Qui non ha luogo regresso da un condividente all'altro: chi ha ottenuto la sua giusta quota non è debitore di somma alcuna, e per conseguenza i beni a lui assegnati non possono essere assoggettati alla ipoteca legale.

---

(1) MELUCCI, *op. cit.*, sez. IV, n. 3.

Insegnando il contrario si disconosce il carattere fondamentale della ipoteca, la quale, essendo data per garanzia del credito, non può concepirsi dove non esiste credito da garantire. Se dal contratto di divisione resulta che Tizio è debitore di Cajo, mentre Sempronio, che ha conseguito la sua giusta quota, non è debitore nè creditore, la ipoteca di Cajo contro Tizio, sui beni a Tizio assegnati, risponde al concetto dell'art. 1969 n. 2; ma una ipoteca di Cajo contro Sempronio, che colpisse i beni assegnati al medesimo, sarebbe un non senso. Non vale il dire che il rifacimento o conguaglio ha reso possibile la divisione; esso fa carico esclusivamente al condividente che ne resulta debitore, e la ipoteca non può essere iscritta che contro di lui e sopra i beni a lui assegnati con il contratto di divisione (1).

---

(1) Di questa opinione è il PACIFICI-MAZZONI (*op. cit.*, I, 127); ma il lungo ragionamento che egli fa per dimostrarla, e i dubbi che esprime, danno a divedere che non ha tenuto abbastanza presente la profonda differenza che a questo proposito intercede fra il diritto francese ed il nostro. È poi addirittura strano che il MELUCCI possa essere caduto nell' equivoco indicato nel testo, mentre nel brano da noi citato si riferisce alla legge belga la quale, avendo mantenuto, sulla scorta del Codice francese, il privilegio per garanzia della evizione, ha opportunamente distinto, disponendo che il privilegio iscritto per sicurezza del conguaglio possa colpire soltanto il lotto in ragione del quale il conguaglio è dovuto, e che invece colpisca tutti i beni caduti in divisione il privilegio iscritto per sicurezza della evizione (Confr. su ciò LAURENT, *op. cit.*, XXX, 32, 35). Contengono pure, a parer nostro, un manifesto errore le seguenti parole del citato scrittore: « Ad ogni modo il condividente creditore del conguaglio non potrebbe rivolgersi con l'azione ipotecaria contro gli altri condividenti non debitori, se non per la parte che ciascuno di essi dovrebbe sopportare nella insolvibilità del condividente debitore »; la citazione che si fa degli articoli 1030, 1031 Cod. civ. è fuori di luogo, perchè questi articoli non contemplano il caso in cui uno dei condividenti, per sopravvenuta insolvenza, non paghi il conguaglio da lui dovuto, ma bensì il caso affatto diverso del pagamento del debito comune per parte di uno dei condividenti. Se il conguaglio dovuto a forma dell'art. 995 Cod. civ. da uno dei condividenti non è pagato per sopravvenuta non solvenza, la legge non ammette che il creditore non soddisfatto possa rivolgersi contro gli altri condividenti.

90. Ma per quali crediti è concessa l'ipoteca? In altri termini, qual'è il significato delle espressioni rifacimenti e conguagli adoperate nell'art. 1969 n. 2 Cod. civ.?

Il conguaglio è nettamente definito dall'art. 995 Cod. civ.: « La ineguaglianza in natura delle quote ereditarie si compensa con un equivalente o in rendite o in danaro ». Se in un contratto di divisione uno dei condividenti riceve più di quanto gli è dovuto, e si obbliga a pagare come correspettivo una somma di danaro o una rendita, vitalizia o perpetua, agli altri condividenti, siamo nei precisi termini del conguaglio, ed è indubbiamente concessa al condividente creditore la facoltà d'iscrivere la ipoteca legale.

Ma se questo è il significato non dubbio della parola conguaglio, qual significato deve attribuirsi alla parola rifacimento?

Escluso che debba intendersi per rifacimento ciò che un condividente deve all'altro nei casi di evizione (1), alcuni ritengono che il rifacimento non sia cosa diversa dal conguaglio (2); altri invece hanno cercato di attribuire alla parola rifacimento un significato diverso (3).

---

(1) Il Pacifici-Mazzoni aveva espresso questa opinione nelle sue *Istituzioni* (VI, 185); ma non tardò a ricredersi nel trattato dei *Privilegi e ipoteche* (I, 128).

(2) Melucci, *op. cit.*, lez. IV, n. 3; Ricci, *Diritto civile*, X, 160; Pochintesta, *op. cit.*, I, 152.

(3) Mirabelli, *op. cit.*, p. 35: « Il conguaglio è definito nell'art. 995 . . . Ma può avvenire che non siasi tenuta nella composizione delle quote ragione di alcuni obblighi di un partecipante verso l'altro, non determinandosi in danaro o pure rimettendone ad altro tempo la liquidazione, d'onde può sorgere un diritto dell'uno verso l'altro di essere rifatto. Non potendosi ciò comprendere sotto la espressione *conguaglio* si è aggiunto quella di *rifacimento* ». Il discorso non ci sembra che brilli per chiarezza. Addirittura oscuro, se non contradittorio, è poi quello che dice il Borsari, *Commento*, § 4194: « Rifacimenti e conguagli non sono veramente la stessa cosa, ma esprimono un solo concetto cioè il compenso per aver ricevuto una parte minore, e l'effetto di questo rifacimento che è il conguaglio ».

Ripugna il ritenere che il legislatore abbia adoperato due parole diverse per esprimere un concetto solo; ma poichè non è dato attribuire alla parola rifacimento un significato diverso da quello che indubbiamente spetta alla parola conguaglio, è giuoco forza ritenere che le due parole abbiano lo stesso significato e si riferiscano allo stesso caso (1).

Per attribuire un diverso significato alla parola rifacimento (2). si è detto che questa sta ad esprimere il caso in cui uno dei condividenti sia debitore dell' altro in ordine a conti da rendersi per frutti naturali o civili percetti prima della divisione dai fondi indivisi (3); ma tale opinione non è accettabile. L' art. 991 Cod. civ. dispone che ogni coerede conferisce nella massa da dividersi le somme di cui è debitore; e l' art. 992 soggiunge che se la collazione non è fatta in natura, i coeredi ai quali è dovuta prelevano una porzione eguale sulla massa ereditaria. Il coerede che ha diritto alla collazione non ha dunque un diritto di credito; ha una maggior quota di comproprietà. In questi termini di fatto, è assolutamente inammissibile il concetto della ipoteca legale. Il condomino creditore non ha bisogno di questa garanzia; preleva una maggior quota, anco in pregiudizio dei creditori iscritti nella quota del condomino debitore (4), e ciò val meglio ad assicurare il suo

---

(1) Anco il Codice francese parla di « *soulte* ou *retour de lots* », e le due parole sono considerate come sinonimi (PONT, *op. cit.*, X, 207; LAURENT, *op. cit.*, XXX, 26). L'art. 1969 deve leggersi a parer nostro come se dicesse « *rifacimenti* o *conguagli* ».

(2) Il POCHINTESTA (*op. cit.*, I, 152) riferendosi al Codice albertino che parla di « *rifatte e compensazioni* » (art. 2158 n. 3) dice che i *rifacimenti* sono le così dette *rifatte*; ma è evidente che ciò non fa muovere un passo alla questione.

(3) Trani, 27 febbraio 1877, *Legge*, XVII, I, 605.

(4) Su questo diritto del condomino, prevalente anche in confronto del creditore ipotecario, confr. VITA-LEVI, *Comunione dei beni*, 292 e seg., ove sviluppa largamente la nota massima « *fructus augent hereditatem* ». V. ancora L. 17. C. *Familiae erciscundae*.—Cass. Roma, 27 marzo 1877, *Annali di giurispr.*

interesse. Nella ipotesi configurata si tratta d'altronde di crediti preesistenti alla divisione, mentre l'art. 1969 n. 2 Cod. civ., parlando di rifacimenti, intende riferirsi a crediti che nascono dallo stesso contratto che tende a far cessare lo stato di comunione (1).

91. Potrà dirsi per avventura che il rifacimento sia ciò che uno dei condividenti deve all'altro, a divisione avvenuta, per aver pagato debiti ereditari oltre l'ammontare della sua quota, per essere stato perseguitato dal creditore con l'azione ipotecaria? La semplice lettura degli art. 1029, 1030, 1031 Cod. civ. serve ad escludere questa ipotesi. Si tratta di crediti eventuali, come quello che nasce dalla garanzia delle quote nei casi previsti dall'articolo 1035 Cod. civ. Ma il legislatore nostro non ha voluto che la ipoteca del condividente si estendesse ai crediti eventuali; ha voluto limitarla a quella parte dell'atto di divisione che racchiude sostanzialmente una vendita, e per conseguenza alla sicurezza di crediti certi nascenti dallo stesso contratto di divisione. A noi sembra pertanto di poter affermare con sicurezza non potersi dare alla parola « rifacimento » un significato diverso da quello che indubbiamente spetta alla parola « conguaglio » (2); la idea di una

---

it., XI, I, 1, 220; Cass. Napoli, 28 febbraio 1878, *Annali cit.*, XII, I, 1, 237; DEMOLOMBE, *Successions*, IV, 475; AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 624.

(1) In questo senso la Corte d'appello di Torino ebbe a decidere (22 gennaio 1883, *Giurispr. tor.*, XX, 508) che la ipoteca legale del condividente non compete al medesimo finchè la divisione non è compiuta con l'assegnazione delle quote e con la determinazione dei conguagli. Confr. ancora: Cass. Roma, 2 giugno 1886, *Temi romana*, VI, 436.

(2) I lavori preparatori non lasciano in proposito il menomo dubbio: *Relaz. Pisanelli*, n. 198; *Relaz. della Commissione senatoria*, n. 274: « Parve infine opportuno circoscrivere l'ipoteca legale del condividente al solo diritto del conguaglio e dei rifacimenti, tolta la garanzia delle quote pel caso di evizione: e questa limitazione si ravvisa invero bene avvisata, dacchè l'accordare cotesta garanzia per un caso eventuale ed incerto, verrebbe negli effetti a vincolare d'ipoteca generale reciproca i beni dei condividenti. Che se d'altronde il pericolo di evizione apparisca fondato, potranno agevolmente provvedervi i condividenti mercè l'ipoteca convenzionale ».

ipoteca legale del condividente per crediti incerti ed eventuali, che dovrebbe essere reciprocamente iscritta, e che mal si presterebbe a esserlo per somma determinata in danaro, è positivamente esclusa dal legislatore italiano, il quale ha voluto scrupolosamente rispettato il fondamentale principio della specialità.

Per la stessa ragione per la quale non abbiamo potuto ammettere che la ipoteca del condividente possa essere iscritta per sicurezza di crediti sorti fra condomini prima della divisione, e indipendentemente da questa, dobbiamo escludere l'opinione inversa, in virtù della quale l'ipoteca di cui si tratta potrebbe essere iscritta anco in virtù di un atto posteriore a quello che ha avuto per effetto la cessazione della comunione fra condomini (1). Si dice a sostegno di questa opinione che il Codice italiano riguarda l'oggetto del credito, non l'atto da cui il credito resulta, nè il tempo in cui l'atto si è compiuto; ma a noi sembra evidente che non può aversi rifacimento o conguaglio se non nell'atto di divisione; o da quest'atto resulta la perfetta eguaglianza delle quote, e non sorge il credito protetto con l'ipoteca legale; o dall'atto resulta la diseguaglianza, e il condividente creditore ha facoltà di valersi della speciale cautela concessagli dalla legge. Compiuta invece la divisione, le posteriori convenzioni che i condividenti pongano in essere fra loro per modificarne i resultati non rientrano nei termini nei quali è concessa l'ipoteca dall'art. 1969 n. 2 Cod. civ.

92. Se il rifacimento o conguaglio debba per patto contrattuale essere pagato dopo un certo tempo, e debbano frattanto essere corrisposti gl'interessi dal condividente debitore del medesimo, l'iscrizione del capitale serve per far collocare, nello stesso grado, un triennio d'interessi a forma dell'art. 2010 Cod. civ. sempreché nella iscrizione stessa ne sia enunciata la misura. Il citato articolo comprende nella generalità delle sue espressioni non soltanto la ipoteca convenzionale, ma ancora la legale e la giudiziale. Occorre

(1) Mirabelli, *op. cit.*, p. 36.

soltanto che sia enunciato nella iscrizione che il capitale è fruttifero, e che lo è in una data misura, in omaggio al principio della pubblicità (1).

§ 3.

Ipoteca legale dei minori e degl' interdetti.

SOMMARIO

93. In quali casi ha luogo questa ipoteca legale — 94. Tutela di fatto — 95. Carattere eventuale della ipoteca in esame — 96. Come si concilia questo carattere con la specialità quanto alla somma per la quale deve essera iscritta — 97. A favore di chi è concessa — 98. Non spetta al figlio naturale riconosciuto contro il genitore investito della tutela legale — 99. Caso della madre che passa a seconde nozze — 100. Beni da ipotecarsi — 101. Revocabilità delle disposizioni dettate dal consiglio di famiglia in questa materia — 102. Crediti garantiti con la ipoteca legale — 103. Interessi del residuo debito del tutore — 104. Debiti del tutore anteriori all'assunzione dell'ufficio tutelare — 105. Annullamento della nomina del tutore. Inefficacia della iscrizione.

93. Osservammo già che il principio di protezione su cui si fonda questa ipoteca legale non potrebbe essere seriamente contestato (sopra n. 44); soltanto quelle legislazioni, le quali, come il codice civile generale austriaco, attribuiscono all' istituto della tutela uno speciale rigorosissimo ordinamento, che rende impossibile, o per lo meno molto difficile, il verificarsi di rapporti di debito e credito fra l' amministratore e l' amministrato (2), hanno

---

(1) PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 128; PONT, *op. cit.*, X, 207 *bis*.

(2) Il progetto di codice civile per l' impero germanico segue in ciò le norme già ricordate dal codice civile generale austriaco (sopra n. 44). Il giudice tutelare ha diretta ingerenza nell'esercizio della tutela. La cauzione non è richiesta come regola, ma può essere imposta o modificata dal giudice quando se ne manifesta il bisogno. *Entwurf* § 1689 : « Das Vormundschaftsgericht kann unter besonderen Umständen anordnen, dass der Vormund wegen des sei-

potuto prescindere da questa garanzia preventiva, la quale ripete le sue origini dalla tradizione romana (1) ed ha riscontro nelle legislazioni italiane precedenti a quella attualmente in vigore (2).

Osservammo ancora che non si tratta più di una ipoteca tacita, esente dalla forma sostanziale della iscrizione, impressa su tutti i beni del tutore senza che ne sia richiesta la specifica designazione; è, come tutte le altre ipoteche legali del nostro codice, una mera facoltà d'iscrivere, assoggettata in tutto e per tutto ai principii fondamentali della pubblicità e della specialità; prende grado dal momento della sua iscrizione e non può sussistere che per somme determinate di danaro e sopra beni specificati preventivamente.

Disponendo l'art. 1069 n. 3 che i minori e gl'interdetti hanno ipoteca legale sui beni del tutore a norma degli art. 292, 293, tende a restringere notevolmente la estensione della ipoteca stessa.

Essa ha luogo anzitutto per la tutela dei minori e degl'in-

---

ner Verwaltung unterliegenden Vermögens des Mündels diesem Sicherheit zu leisten habe.— Die Art und den Umfang der Sicherheitsleistung bestimmt das Vormundschaftsgericht nach freien Ermessen.—Das Vormundschaftsgericht kann, solange das Amt des Vormundes nicht beendigtist, zu jeder Zeit die Erhöhung, Verminderung oder Aufthebung der Sicherheit anordnen..... ».

(1) L. 20 C. *De adm. tutor.*: « Pro officio administrationis tutoris vel curatoris, bona, si debitores existant, tanquam pignoris titulo obligata, minores sibimet vindicare minime prohibentur »,

(2) Cod. franc. art. 2121; Cod. napolet.. art. 2007; Cod. parmense art. 2172; Cod. albert. art. 2174; Regol. pontif. art. 117; Legge toscana art. LXIV, n. 2; Cod. estense art. 2167. Il Codice albertino dava l'ipoteca legale ai figli di famiglia anco sui beni degli ascendenti alla cui potestà erano soggetti, dal giorno nel quale pervenivano in essi dei beni che l'ascendente era nel diritto di amministrare (articolo 2172) nonchè pei diritti di riversibilità che loro spettavano nel caso di passaggio dell'ascendente a seconde nozze (art. 2173). V. ancora il Codice estense (articolo 2168). La legge toscana poi, e il codice albertino, davano persino ipoteca legale sui beni del patrigno, quando la madre passava a seconde nozze (art. LXIV n. 2, art. 2174).

terdetti (1), non per la semplice curatela dei minori emancipati e degli inabilitati; non compete nè al minore contro il genitore che esercita la patria potestà, nè al figlio naturale riconosciuto contro il genitore che ne ha la tutela legale. E non ha luogo neppure in ogni tutela, perchè la legge, come già fu avvertito, dispensa l'avo paterno e materno dal prestare la cauzione, ed anche ogni altro tutore, che non ne sia dispensato per legge (2), può esserlo per deliberazione del consiglio di famiglia omologata dal tribunale competente (art. 292 Cod. civ.).

Anco in difetto di dispensa l'ipoteca legale non ha luogo di diritto, imperocchè il tutore, obbligato a dare cauzione, può prescegliere un modo diverso; e soltanto ove non prescelga di darla in altra forma, il consiglio di famiglia determina su quali beni la ipoteca legale deve essere iscritta, o la iscrizione è presa, nei venti giorni dalla deliberazione, a cura del tutore, del protutore e del cancelliere che ha assistito alla medesima (art. 1983 Cod. civ.).

È però da avvertire che nei rari casi nei quali l'ipoteca di cui si tratta deve essere iscritta, la legge cerca di assicurarne in più modi la effettiva iscrizione; in primo luogo ammettendo che

---

(1) Tanto se questi ultimi siano tali per infermità di mente, quanto se lo siano per effetto di condanna penale (art. 3 disp. transit. Cod. civ.). Pochintesta, *op. cit.*, I, 133; Melucci, *op. cit.*, lez. V, n. 6; Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, I, 130.

(2) È questione se il coniuge, tutore di diritto dell'altro coniuge interdetto per infermità di mente (art. 330 Cod. civ.), sia dispensato dall'obbligo di dare cauzione. Lo afferma il Melucci (*op. cit.*, lez. IV, n. 5) sul fondamento che l'art. 329 Cod. civ. richiama, per la tutela degl'interdetti, le disposizioni relative alla tutela dei minori. Ma è ovvio osservare che il richiamo, se può valere per l'avo paterno e materno, non può valere per il coniuge, la cui situazione di tutore legittimo non ha nelle disposizioni riguardanti la tutela dei minori alcuna speciale norma di legge che autorizzi ad applicare il fallace criterio dell'analogia. L'art. 331 Cod. civ. ammettendo che il coniuge tutore dell'altro coniuge interdetto possa dal consiglio di famiglia essere dispensato dall'obbligo di presentare gli stati annuali, dimostra che non è dispensato per legge; e che tanto meno è dispensato *ope legis* dall'obbligo della cauzione.

il minore e l'interdetto possano richiederla da sè medesimi senza bisogno di assistenza o di autorizzazione; secondariamente, col disporre che la iscrizione possa essere richiesta dai loro parenti in qualsiasi grado fino al decimo; in terzo luogo, comminando la pena di una multa estensibile a lire mille, oltre il risarcimento dei danni, alle persone obbligate ad iscriverla che trascurino di farlo; inoltre, col minacciare al tutore e al protutore la pena della rimozione; finalmente, con attribuire al procuratore del re, non soltanto la sorveglianza sulla esecuzione delle altre disposizioni e il dovere di promuovere l'applicazione delle pene stabilite, ma anche la facoltà di richiedere egli stesso la iscrizione della ipoteca (art. 1983 capov., 1984 Cod. civ.).

94. Le ricordate disposizioni di legge circoscrivono nettamente i casi in cui la ipoteca legale spettante ai minori e agl'interdetti può essere iscritta. È perciò perfettamente oziosa la questione sollevata da un nostro scrittore, se per diritto italiano possa competere, al minore o all' interdetto, sui beni di colui che esercita in via di fatto l'ufficio tutelare, sebbene non ne sia legalmente investito (1); si comprende come la questione possa essere stata posta, e anche risoluta favorevolmente, sotto l'impero del codice civile francese, pel quale l' ipoteca legale opera tacitamente i suoi effetti su tutto quanto il patrimonio di colui che esercita l' ufficio tutelare (2); ma il sollevare perfino un dubbio, di fronte al codice civile italiano, è un manifesto errore, perchè non potendo la ipoteca di cui si tratta essere iscritta se non in base ad una deliberazione del consiglio di famiglia determinante i beni del tutore che devono esserne colpiti, la ipotesi della tutela esercitata da chi

(1) L. 1. § 1 D. *De eo qui pro tutore, prove curatore, negotia gerit*: « Pro tutore autem negotia gerit, qui munere tutoris fungitur in re impuberis, sive se putet tutorem, sive sciat non esse, fingat tamen esse ». V. su ciò POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 154.

(2) TROPLONG, *op. cit.*, 421; PONT, *op. cit.*, X, 500. In senso contrario: LAURENT, *op. cit.*, XXX, 264.

si reputi o si finga tutore, senza esserlo in realtà, esclude ogni più remota possibilità di iscrizione di una ipoteca legale. Il tutore di fatto potrà essere tenuto, di fronte all'amministrato, in ragione della sua colpa e del suo dolo; potrà essere condannato al risarcimento dei danni ; i suoi beni potranno essere colpiti *ex post facto* da una ipoteca giudiziale; ma una garantia preventiva, che valga a proteggere il minore o l'interdetto contro le dannose conseguenze dell'operato del così detto tutore di fatto, non è assolutamente escogitabile (1).

95. La ipoteca legale dei minori e degl' interdetti è di sua natura eventuale; imperocchè non sta a garantire il soddisfacimento di una obbligazione già nata, ma bensì quello di una obbligazione che può nascere per effetto dell' amministrazione tutelare. In ciò questa ipoteca si distingue da tutte le altre ipoteche legali annoverate nell' art. 1969 Cod. civ. Mentre tutte le altre sono dirette a garantire crediti effettivi, questa tende invece ad assicurare il pagamento di un credito che può anche non sorgere, che anzi non dovrebbe sorgere, se il tutore disimpegnasse le delicate funzioni affidategli con la dovuta regolarità.

La legge infatti prescrive che il tutore impieghi gli avanzi delle rendite (art. 291 Cod. civ.), che i titoli al portatore siano convertiti in nominativi (art. 298 Cod. civ.), che siano alienati e liquidati gli stabilimenti industriali e commerciali, ad eccezione dei casi di evidente utilità constatata nel modo più rigoroso (art. 299 Cod. civ.), che i valori in numerario e gli oggetti preziosi siano depositati in una pubblica cassa (art. 287 Cod. civ.). Il tutore non dovrebbe dunque, di regola, disporre dei capitali, nè di quella parte delle rendite che non è strettamente necessaria per il trattamento dell'amministrato e per l'amministrazione del suo patrimonio. Dovendo annualmente presentare gli stati della sua gestione, dovendo

(1) Anco il Pochintesta (*loc. cit.*) risolve la questione in questo senso; ma perchè ne parla, mentre non può dirsi una questione?

rendere il conto definitivo alla cessazione del suo ufficio, la gestione tutelare non dovrebbe, se ben condotta, dar luogo a rapporti di credito dell' amministrato verso l' amministratore.

In pratica disgraziatamente non è così; il legislatore stesso riconosce la inefficacia delle dettate cautele, imperocchè dispone che il tutore il quale abbia omesso di provocare le deliberazioni del consiglio di famiglia circa alla somma da spendere annualmente pel mantenimento del minore o dell'interdetto e per l'amministrazione patrimoniale, sia responsabile degl' interessi delle somme eccedenti le spese strettamente necessarie (art. 291 capov. Cod. civ.); e prevede il caso che al cessare della gestione possa esistere un residuo debito del tutore verso l'amministrato (art. 308 Cod. civ.). È per assicurare all'amministrato il conseguimento di quanto può essergli dovuto dal tutore per interessi di somme non impiegate, o per eccedenza di entrata sulla uscita, o per risarcimento di danni derivanti da negligenza o da dolo, che la legge obbliga il tutore a dare cauzione, prescrivendo che il modo ordinario di prestarla sia la iscrizione della ipoteca legale sui beni immobili del tutore, determinati, caso per caso, dal consiglio di famiglia.

96. Ma come può conciliarsi la circostanza che l' ipoteca è eventuale, e che per conseguenza non è dato conoscere al momento in cui viene iscritta se e per qual somma l' amministrato resulterà in credito verso il tutore, col principio della specialità? Come può, in altri termini, un credito incerto, non soltanto nel suo ammontare ma ancora nella sua stessa esistenza, essere garantito con una iscrizione presa per somma determinata?

Avviene in questo caso quello che suole avvenire per tutte le cauzioni richieste preventivamente agli amministratori del patrimonio altrui; si calcola preventivamente a quanto può ascendere il danno, a quanto per conseguenza il debito. Il consiglio di famiglia, tenuto conto della entità del patrimonio del minore o dell' interdetto, del modo in cui è formato, della maggiore o minore possibilità di danneggiarlo, determina la somma per la quale la

cauzione deve essere prestata; e se il tutore non preferisce di prestarla in modo diverso, viene iscritta la ipoteca legale per quella somma, sui beni egualmente indicati dal consiglio di famiglia (articolo 292 Cod. civ.).

Se pertanto il debito del tutore, al cessare della gestione, ammontasse a somma maggiore di quella determinata nella iscrizione, il minore o l' interdetto non potrebbero nel giudizio di graduazione ottenere collocazione ipotecaria se non per l' ammontare della ipoteca; la eccedenza dovrebbe essere collocata fra i crediti chirografari per essere pagata soltanto se il prezzo dei beni escussi in pregiudizio del tutore presenta un avanzo dopo il pagamento integrale dei creditori privilegiati ed ipotecari.

97. Le premesse osservazioni facilitano le ricerche da instaurarsi a proposito di questa ipoteca legale; a favore di chi, contro chi, su quali beni, per quali crediti, è concessa.

A favore del minore e dell' interdetto, contro il tutore, sui beni indicati dal consiglio di famiglia, per sicurezza dei crediti che possono verificarsi al momento in cui cessa la gestione tutelare. Tutto ciò resulta dalla disposizione che stiamo esaminando.

Non saranno, ciò non ostante, del tutto superflue alcune ulteriori dilucidazioni.

Siamo di fronte a una disposizione la quale non può ricevere interpretazione estensiva, perchè costituisce una eccezione alla regola che i beni del debitore sono la garantia comune di tutti indistintamente i suoi creditori. La ipoteca è data dunque a chi si trova realmente sotto tutela, non a chi, pur essendo vicino a trovarvisi, non vi si trova ancora: in questo senso deve ritenersi che l' infermo di mente contro del quale pende giudizio d' interdizione, non gode della ipoteca legale sui beni del curatore provvisorio nominatogli dal tribunale nella pendenza del giudizio, a forma dell' art. 327 ultimo capov. Cod. civ. La circostanza che l' amministratore dei beni altrui si trova in condizioni simili a quelle del tutore, e gode di una libertà eguale a quella spettante a quest'ul-

timo, o ancora, se così vuolsi, di una libertà maggiore, non è sufficiente ad attribuire all' amministrato, o a chi è chiamato a vegliare al suo interesse, la facoltà di iscrivere l' ipoteca legale. Il tribunale nominando un curatore del presunto assente (art. 21 Cod. civ.) può subordinare la nomina e l'assunzione dell'ufficio alla prestazione di speciali garanzie; ma ove non lo facesse, chi ha interesse alla conservazione dei beni del presunto assente non potrebbe valersi della disposizione dell' art. 1969 n. 3 per iscrivere contro il curatore la ipoteca legale. Del pari gli eredi, i legatari, i donatari, ed in genere tutti coloro che hanno sui beni di chi è dichiarato assente dei diritti dipendenti dalla condizione della di lui morte, una volta immessi nel possesso temporaneo, hanno sui beni dell'assente facoltà assai maggiori di quelle che spettano ai tutori sul patrimonio dei loro amministrati; sono dalla legge assoggettati a dare cauzione nella somma determinata caso per caso dal tribunale (art. 26 Cod. civ.), mai i loro beni non possono essere colpiti *ope legis* dalla iscrizione della ipoteca legale di cui all' articolo 1969 n. 3 Cod. civ.

In questo e in altri consimili casi non può parlarsi di ipoteca legale, bensì della fideiussione legale o giudiziale, istituto ben diverso, che può tradursi in atto con pegno o con fideiussione; che in ogni modo non dà luogo alla ipoteca legale, bensì alla costituzione di una ipoteca convenzionale, quando chi è obbligato a dare cauzione prescelga questo modo di liberarsi dal suo obbligo e la idoneità di esso sia concordata, o riconosciuta giudizialmente (articoli 1904, 1922 Cod. civ.).

98. Fu già osservato che la tutela legale spettante al genitore che riconobbe il figlio naturale durante la minore età di quest' ultimo, non attribuisce al medesimo l' ipoteca di cui si tratta. Il dubbio, nascente dal fatto che la legge qualifica come tutela il rapporto giuridico intercedente fra il figlio naturale e il genitore che lo ha riconosciuto, è prontamente eliminato ove si consideri che l' art. 184 Cod. civ. dopo avere posto il principio

generale relativo ed aver dichiarato che se il riconoscimento fu fatto da ambedue i genitori la tutela compete di preferenza al padre, dispone essere applicabili a questa tutela tutte le disposizioni relative alla patria potestà, ad eccezione di quelle concernenti l'usufrutto legale. Si argomenta da ciò, che se la legge qualifica come tutela legale i rapporti nascenti dal fatto del riconoscimento fra il genitore ed il figlio naturale minore di età, onde non parificarli completamente con gli altri che hanno origine dalla filiazione legittima, il genitore che ha riconosciuto il figlio naturale non può dirsi tutore nel senso proprio della parola; nell'articolo 1969 n. 3 la parola è adoperata precisamente in questo senso, e poichè si tratta di disposizione eccezionale, sarebbe un grave errore estenderla da caso a caso col criterio di analogia.

99. Un altro caso che merita particolare esame è quello della madre rimasta vedova investita della patria potestà sui figli minori, la quale passa a seconde nozze. L'art. 237 Cod. civ. dispone che prima di passare a seconde nozze la madre deve promuovere la convocazione di un consiglio di famiglia, il quale è chiamato a deliberare se l'amministrazione dei beni dei figli minori debba in tal caso esserle conservata, ed ove si pronunci per l'affermativa può stabilire condizioni riguardo all'amministrazione stessa ed alla educazione dei figli. In questo caso alcune delle precedenti legislazioni accordavano ai figli minori la ipoteca legale, non soltanto sui beni della madre, ma anco su quelli del patrigno, considerando che le seconde nozze sono per lo più causa di gravi danni per i figli di primo letto provveduti di beni di fortuna (1); ma di fronte al Codice nostro, che non ha riprodotto le relative disposizioni, una estensione dell'art. 1969 n. 3 Cod. civile a questo caso specialissimo è assolutamente inconcepibile, perchè le manca ogni più remota base. Il legislatore dichiara espressamente quali sono le difese che intende accordare ai figli di pri-

(1) V. sopra alla p. 173 nota 2.

mo letto nella eventualità di seconde nozze della madre; perdita di diritto dell'amministrazione dei beni dei figli se la madre non ha convocato, prima di passare a seconde nozze, il consiglio di famiglia; responsabilità solidale del marito per l'amministrazione esercitata in passato dalla madre ed in appresso indebitamente conservata (art. 238 Cod. civ.); eguale solidarietà del marito quando la madre è mantenuta nell'amministrazione dei beni o vi fu riammessa (art. 239 Cod. civ.). È manifesto che in questi casi non può parlarsi d'ipoteca legale; la madre non è tutrice dei figli minori, non è tutore il padrigno associato alla di lei amministrazione e responsabile della medesima; il sorgere di effettivi rapporti di debito e di credito per la tenuta amministrazione potrebbe dar luogo, in caso che fosse emanata sentenza di condanna, alla ipoteca giudiziale; ma la ipoteca preventiva non potrebbe essere iscritta se non per effetto di convenzione, quando il consiglio di famiglia avesse prescritto alla madre o al padrigno di dare cauzione, e la condizione essendo stata accettata, fosse stato prescelto questo modo di prestarla per conservare l'amministrazione; ma è evidente che anco in siffatta ipotesi non si tratterebbe d'ipoteca legale, bensì di ipoteca convenzionale.

100. Per ciò che attiene ai beni da ipotecarsi in virtù dell'art. 1969 n. 3, dato il principio della specialità rigorosamente applicato anco in questo caso dal legislatore nostro, non può sorgere difficoltà. La ipoteca ha luogo « *sui beni del tutore* » ed il consiglio di famiglia determina caso per caso sopra quali di questi beni deve essere iscritta.

Sarebbe forse stato opportuno che la legge precisasse meglio le cautele da osservarsi per siffatta determinazione, tanto col prescrivere che il valore dei beni da ipotecarsi fosse superiore della metà o di un terzo all'ammontare della cauzione ritenuta necessaria, quanto coll'ordinare speciali norme per la valutazione dei beni da ipotecarsi e per la giustificazione della loro libertà e disponibilità. Pur troppo accade spesso che i consigli di famiglia

prendono su tutto ciò deliberazioni poco ponderate, e che la presidenza del pretore e l'omologazione del tribunale non valgono a scongiurarne le dannose conseguenze.

Se il giudizio sulla idoneità della cauzione fosse attribuito esclusivamente al magistrato, se fosse subordinato a norme speciali di documentazione, se meno sconfinata fosse la facoltà di dispensa concessa ai consigli di famiglia , non si verificherebbe il grave inconveniente che può oggidì constatarsi da chi vive nella pratica, l'inconveniente cioè, che su cento gestioni tutelari, per novantanove non viene prestata cauzione alcuna; e che nei rarissimi casi nei quali la cauzione viene prestata mediante la ipoteca legale, si risolve in una formalità altrettanto dispendiosa quanto illusoria, perchè l'ipoteca è iscritta su beni di valore troppo esiguo, o già gravati di precedenti iscrizioni, o per somma non sufficiente (1).

101. Le deliberazioni rese dal consiglio di famiglia riguardo alla cauzione tutelare, e alla iscrizione della ipoteca legale, che è il modo ordinario di prestarla, non hanno carattere d' irrevocabilità. Il legislatore doveva necessariamente considerare, e ha di fatto considerato, che durante la gestione del tutore possono verificarsi delle variazioni nello stato di fortuna del minore o dell'interdetto, o in quello del tutore, oppure altre circostanze, per le quali si renda necessario aumentare o diminuire la cauzione prestata, dispensare il tutore che l'aveva prestata, obbligare a prestarla quello che ne era stato dispensato quando la tutela ebbe principio. A queste diverse eventualità provvede l'art. 293 Cod. civ. richiamato espressamente, insieme a quello che precede, nell'art. 1969 n. 3: « Il consiglio di famiglia potrà nel progresso della tutela richie-

(1) La legge ipotecaria belga contiene relativamente alla specializzazione della ipoteca dei minori un complesso di norme molto lodevoli, che sono largamente commentate da LAURENT, *op. cit.*, XXX, 219 e seg. V. ancora MARTOU, *op. cit.*, p. 379; CLOES, *op. cit.*, p. 173 e seg.

dere dal tutore la cauzione da cui fosse stato dispensato, e potrà parimente liberarlo da quella che avesse dato. Potrà pure estendere o restringere l'iscrizione dell'ipoteca che si fosse presa in luogo della cauzione, ed anche autorizzarne la cancellazione. In tutti questi casi la deliberazione del consiglio di famiglia deve essere sottoposta all' omologazione del tribunale ».

La legge attribuisce ai consigli di famiglia in questi diversi casi un potere discrezionale, limitato soltanto dalla necessità della omologazione. Ma non è questa sede opportuna per commentare la citata disposizione. Dobbiamo limitarci ad osservare che quando in virtù della medesima il consiglio di famiglia deliberasse di estendere l' iscrizione della ipoteca legale, la nuova ipoteca che sarebbe iscritta in esecuzione di questo deliberato prenderebbe grado, come la prima, dal giorno della sua iscrizione. Non si avrebbe una ipoteca sola; si avrebbero invece due ipoteche distinte, alle quali dovrebbe, nel giudizio di graduazione, essere attribuito il grado spettante a ciascuna in ragione del tempo della respettiva iscrizione. Se pertanto al cessare della gestione resultasse a favore del minore o dell' interdetto un credito di 100, e la ipoteca originaria, prima iscritta sul patrimonio del tutore, fosse di 50, mentre la ipoteca suppletiva, quarta iscritta, stesse a garantire il credito residuale, la collocazione nel primo grado dei creditori ipotecari non potrebbe aver luogo che per 50; per gli altri 50 sarebbe accordata la collocazione nel grado quarto, senza pregiudizio dei creditori intermedi. Lo stesso sarebbe a dirsi se la ipoteca originaria fosse limitata a determinati beni, e la suppletiva fosse estesa ad altri, o se le due iscrizioni colpissero beni diversi. Ognuna darebbe diritto a collocazione speciale in relazione ai beni colpiti. Ciò esige il principio della specialità; e la espressione « *estendere l' iscrizione* » adoperata nell' art. 293 Cod. civ. non può essere intesa nel suo significato letterale, ma bensì nel senso corrispondente a quel principio, fondamentalissimo in materia ipotecaria, nel senso

cioè di aumentare la garanzia del minore o dell' interdetto con una nuova ipoteca che prende grado dal giorno della sua iscrizione.

Anco la estensione della ipoteca di cui è parola nell' art. 293 Cod. civ., deve essere operata nel termine di venti giorni dalla deliberazione del consiglio di famiglia a cura delle persone indicate nell' art. 1983, sotto le speciali comminazioni del successivo articolo 1984 Cod. civ. In difetto non vi è azione ipotecaria, ma semplice azione personale per il risarcimento dei danni, in omaggio al principio della pubblicità della ipoteca.

102. Per ciò che attiene ai crediti garantiti con la ipoteca legale di cui si tratta, essendo essi eventuali e non conosciuti fino al termine della gestione, poco è da dire. L' ipoteca garantisce il resultato passivo del conto finale presentato dal tutore a norma dell' art. 302 Cod. civ.; se poi il tutore, per quanto intimato a presentare il conto definitivo, si ricusasse di presentarlo, o lo presentasse incompleto o irregolare, si farà luogo avanti il tribunale competente allo speciale giudizio di cui è parola negli art. 319 e seg. del Codice di procedura civile; in tal caso la sentenza definitiva accertante il debito del tutore in una determinata cifra, è il documento in virtù del quale, e per l' ammontare del quale, può essere esercitata contro il tutore l'azione ipotecaria con la prelazione derivante dalla ipoteca legale originariamente o successivamente iscritta; per ogni eccedenza non potrebbe essere iscritta che una ipoteca giudiziale.

Il conto definitivo che sia stato approvato, e la sentenza destinata a tenerne luogo in caso di contestazione, servono ad indicare la somma per la quale può esercitarsi l' azione ipotecaria in virtù della ipoteca legale, nei limiti della relativa iscrizione; reliquati di cassa, risarcimenti di danno per fatti inducenti responsabilità personale del tutore, interessi dovuti dal medesimo per mancato impiego di capitali, ed in genere ogni altro credito derivante a favore del minore o dell' interdetto della gestione tutelare, devono intendersi garantiti con la ipoteca legale.

Gli interessi dovuti durante la gestione del tutore pel mancato impiego dei capitali o della eccedenza delle rendite (art. 291 Cod. civ.), sono garantiti dalla ipoteca legale senza bisogno che sia presa per essi particolare iscrizione. Non si tratta d'interessi convenzionali, che possono essere preventivamente calcolati ed iscritti; si tratta di una forma speciale di risarcimento di danni imposta al tutore dalla legge e fondata sulla sua negligenza; rientrano d'altronde nel resultato passivo finale del conto o del giudizio destinato a tenerne luogo; quale resultato è garantito con l'ipoteca legale.

103. L'art. 308 Cod. civ. dispone che la somma a cui ascenderà il residuo debito del tutore, produrrà interesse dal giorno dell'ultimazione del conto senza che occorra di farne la domanda. Potranno questi interessi godere della collocazione ipotecaria spettante al residuo debito? L'art. 2010 Cod. civ. risolve la questione. Dispone infatti questo testo di legge che la iscrizione di un capitale che produce interessi, se la misura di questi vi è enunciata, serve per far collocare allo stesso grado gl'interessi dovuti per le due annate anteriori a quella in corso al giorno della trascrizione del precetto, oltre gl' interessi successivi. Ora l'iscrizione di una somma a garanzia della gestione tutelare, è iscrizione di un capitale che produce interessi, perchè dichiarato tale dal citato articolo 308, senza che occorra una speciale convenzione. Se dunque l' iscrizione fosse presa per la somma determinata dal consiglio di famiglia, senza speciale aggiunta d' interessi, la collocazione ipotecaria degl' interessi del residuo debito nel grado stesso del capitale, per il triennio di cui all' art. 2010, non potrebbe incontrare difficoltà, nè potrebbe essere seriamente contrastata dai creditori iscritti posteriormente; non occorrerebbe neppure, a parer nostro, che nella iscrizione fosse enunciata la misura dagl' interessi: si tratta d' ipoteca iscritta in virtù di legge; si sa che la somma iscritta è di diritto produttiva d' interessi dal giorno dell' ultimazione del conto (art. 308 Cod. civ.); si sa che

l' interesse legale è in materia civile determinato nel cinque per cento, e si applica nei casi in cui l' interesse sia dovuto e manchi una convenzione che ne stabilisca la misura (art. 1831 Cod. civ.). Con la soluzione da noi proposta non è violato il principio della pubblicità ; i creditori posteriormente iscritti non possono ignorare che se vi è una ipoteca legale a favore di un minore o di un interdetto per sicurezza della gestione tutelare e per una somma di lire mille, questa serve per far collocare l' interdetto o il minore non soltanto per mille, quando a tanto ammonti il residuo debito del tutore, ma altresì per il triennio d' interessi legali di cui all' art. 2010 e per gl' interessi successivi; la enunciazione della misura degl' interessi, indispensabile quando questi sono dovuti in forza di convenzione, è superflua quando sono dovuti per legge, non essendo ammessa l' ignoranza delle sue disposizioni (1).

---

(1) La Corte d'appello di Torino in una sentenza del 3 maggio 1873 (*Giurispr. tor.*, X, 572) era andata anco più oltre, ammettendo la collocazione ipotecaria degl'interessi nel grado del residuo debito del tutore senza limitazione di annate; ma la Corte di cassazione della stessa città annullò la sentenza ritenendo giustamente che la collocazione, quanto agl'interessi, dovesse essere limitata al quinquennio a forma dell'art. 46 dell'Editto ipotecario sardo del 1822: « Il sistema ipotecario introdotto col regio editto del 1822 non permette che, salvo nei casi espressamente contemplati, si estenda l'efficacia delle iscrizioni oltre i limiti segnati, e tuttavolta che si tratta di contabilità per interessi non contemplati dall'amministrazione tutoria, ma occasionati dal troppo lungo piatire tra il già minore e gli eredi del tutore per l' accertamento del conto, sarebbe una evidente ampliazione del limitato effetto attribuito dalla legge all'iscrizione ipotecaria concessa al minore, di considerare contemplati nella stessa ipoteca anche siffatti interessi » (Cass. Torino, 10 giugno 1874, *Giurispr. ital.*, XXVI, I, 1, 483). Nel caso deciso il residuo debito del tutore era stato liquidato in L. 17,797,52; la Corte d'appello aveva accordato collocazione nello stesso grado del capitale per L. 26,250,55 d'interessi. Ciò era enorme, e fece bene la Corte di cassazione a limitare la collocazione degl'interessi al quinquennio. Il Codice albertino (art. 2237) ridusse dal quinquennio al triennio l'effetto della iscrizione per ciò che concerne gl'interessi, e fu in ciò seguìto dal legislatore italiano nell'art. 2010, che sarà da noi esaminato a suo

104. Che dire del debito che il tutore avesse verso il minore e l' interdetto prima di assumere l' ufficio tutelare e che sussistesse sempre al cessare della gestione? Il legislatore contempla il caso del tutore debitore del minore o dell' interdetto al momento in cui assume la tutela, disponendo nell'art. 285 Cod. civ. che il tutore debba dichiarare il suo debito prima che abbiano principio le operazioni d' inventario e che sia fatta menzione di tale dichiarazione nel relativo processo verbale; nel capoverso dell'art. 286 Cod. civ. stabilisce poi la remozione della tutela come pena dell' avere omesso la richiesta dichiarazione: « qualora, sapendo di essere debitore, non abbia dichiarato il suo debito, potrà essere rimosso dalla tutela ». Suppongasi pertanto che il tutore debitore abbia fatto la dichiarazione di cui è parola nel detto capoverso, o che, non avendola fatta, non sia stato rimosso; il debito che sussistesse sempre quando la tutela ha fine, sarebbe garantito con la ipoteca legale? Occorre distinguere. Se il debito fosse scaduto durante la gestione tutelare, rientrerebbe nel residuo debito del tutore e sarebbe per ciò compreso nella garanzia ipotecaria, perchè il tutore avrebbe dovuto alla scadenza versarne l'ammontare nel patrimonio da lui amministrato, e il non averlo fatto dà luogo alla sua responsabilità, come se avesse trascurato di esigere, alla scadenza, ciò che fosse dovuto da un terzo; ma se durante la gestione tutelare il debito non fosse scaduto, e la scadenza non venisse che dopo la chiusura del conto definitivo, non si potrebbe parlare di collocazione ipotecaria deri-

luogo. La soluzione da noi adottata nel testo è proposta da POCHINTESTA (*op. cit.*, I, 156), il quale censura la sentenza della Corte d'appello di Torino 3 maggio 1873 senza avvertire che fu annullata dalla Corte di cassazione. PACIFICI-MAZZONI (*op. cit.*, I, 133) cade in equivoci ben singolari, confondendo gl'interessi dovuti durante la gestione, che rientrano nel residuo debito, con gl'interessi dovuti di diritto in ordine all'articolo 308 Cod. civ. Ed in equivoci non meno singolari cade il BORSARI (*Commento*, § 4196) il quale si spinge persino a difendere la erronea massima della Corte d'appello di Torino sopra ricordata.

vante dalla ipoteca legale; la gestione del tutore è affatto estranea al debito, il tutore è immune da colpa; egli non era obbligato che a inserire nel conto l'azione nascente a favore dell'amministrato dal credito esistito a favore del medesimo prima che la tutela avesse principio, e quest'azione continua a sussistere senza novazione alcuna (1).

La stessa distinzione si ammette generalmente nel caso in cui il tutore sia divenuto debitore dell'interdetto o del minore durante la gestione tutelare; e noi accettiamo senza difficoltà questa applicazione del principio, purchè sia manifesto che il debito è sorto per ragioni affatto estranee alla gestione tutelare. Il tutore non può certamente togliere a prestito danari spettanti al minore o all'interdetto, nè comprare i suoi beni (art. 1457 Cod. civ.); è difficile quindi che sorgano fra loro rapporti di debito e credito indipendenti affatto dalla gestione; ma se sorgessero, come se il tutore fosse erede di un debitore del minore, e subentrasse per diritto ereditario nelle obbligazioni del debitore medesimo, dovrebbe aversi riguardo all'epoca della esigibilità.

105. La giurisprudenza italiana presenta una decisione di specie meritevole di essere presa in particolare esame. Era stato nominato un tutore ed era stata iscritta contro di lui la ipoteca legale; ma la nomina fu annullata senza che venisse cancellata la iscrizione. Successivamente lo stesso tutore fu nuovamente nominato e fu di nuovo iscritta contro di lui la ipoteca legale per sicurezza della sua gestione. Avendo il tutore assunto l'ufficio, ed essendo rimasto debitore, sorse questione se il credito accertato contro di lui dovesse godere del grado della prima iscrizione o di quello della seconda. Fu deciso che dovesse godere di questo, non del primo. Invero la ipoteca è iscritta per garanzia della gestione del tutore e non può sussistere se non in quanto questa gestione

---

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, § 264 *bis;* Laurent, *op. cit.*, XXX, 273; Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, I, 133.

abbia realmente avuto vita. La prima nomina essendo stata annullata, non poteva produrre alcun effetto, e per conseguenza neppur quello di dare efficacia all' iscrizione della ipoteca legale (1).

§ 4.

Ipoteca legale della moglie.

SOMMARIO

106. Sua ragione di essere — 107. Suoi caratteri. Obbligo dell'iscrizione — 108. Divisione della materia.

106. Per il n. 4 dell'art. 1969 Cod. civ. la moglie ha ipoteca legale sui beni del marito per la dote e per i lucri dotali (2).

---

(1) Cass. Napoli, 24 aprile 1870, *Gazz. Proc.*, XV, 231.

(2) È nota a tutti l'eccessiva estensione attribuita all'ipoteca legale della moglie da Giustiniano che meritò, appunto per la esagerata protezione accordata alla donna maritata, la qualifica di *uxorius legislator*. Non contento di avere trasformato il semplice privilegio del diritto anteriore (L. 74 *De jure dotium*) in ipoteca tacita, che ebbe da prima lo scopo di assicurare la restituzione della dote (L. un. C. *De rei uxoriae actione*) e fu estesa di poi in vantaggio di tutti i crediti della moglie verso il marito (L. 11 C. *De pact. convent.*), Giustiniano con la celebre legge *assiduis* si spinse fino al punto di dar preferenza alla moglie di fronte a tutti i creditori del marito anche anteriori al matrimonio (L. 12 C. *Qui potior. in pign.*; Inst. § 29 *De actionib.*, Nov. 97, cap. 2). Anco il codice francese attribuendo ipoteca legale « *aux droits et créances des femmes mariées sur les biens de leurs maris* » (art. 2121) dava alla medesima una estensione che è ben lontana dall'essere stata accolta dal legislatore italiano. Invero l'ipoteca legale si ha per diritto francese pel fatto stesso del matrimonio e indipendentemente dal contratto; e si ha pure se il matrimonio è accompagnato da contratto, tanto se la donna siasi maritata col regime dotale o con quello della comunione, quanto se siasi serbata fra i coniugi la più assoluta separazione d'interessi (PONT, *op. cit.*, X, 428). Anco pel codice albertino (art. 2170), pel regolamento pontificio (art. 117 n. 2), per la legge toscana (art. LXIV n. 1), pel codice parmense (art. 2172) e pel codice estense (art. 2163)

Non ogni moglie gode adunque di questa garanzia; ne gode soltanto la moglie che in occasione del suo matrimonio si è costituita una dote, o che, prima di contrarlo o anche durante il medesimo, ha ottenuto nelle forme di legge dai suoi genitori o da altre persone dei beni a titolo di dote (1). Anco se lo stesso marito costituisse prima del matrimonio, una dote alla futura sposa, competerebbe a questa, appena divenuta sua moglie, la ipoteca legale sui beni rimasti in proprietà di lui. La costituzione di dote, ove non sia fatta dalla stessa moglie, è atto traslativo di proprietà e la moglie dotata ha in ogni caso diritto alla garanzia stabilita dalla legge; la disposizione di questa è generica e non contiene distinzione; qualunque sia la provenienza dei beni dotali, provengano pure dallo stesso marito, dalla costituzione della dote, regolarmente fatta, sorge a favore della moglie il diritto ad iscrivere la ipoteca legale.

Anco qui il legislatore muove da un sentimento di protezione, non a favore della donna maritata in genere, ma a favore della donna che si è costituita una dote o l'ha ricevuta da altri in contemplazione del suo matrimonio; sebbene siasi abbandonato il concetto in virtù del quale la dote si considerava come un istituto attinente all'ordine pubblico, e la si consideri come una semplice modalità della società coniugale riguardo ai beni, pure, sotto l'influenza della tradizione romana, vivissima in questa parte in Italia, si è creduto opportuno, nell' interesse della moglie e dei figli, circondare la costituzione della dote di speciali cautele atte a procurarne la conservazione; e come la dote si è dichiarata inalienabile,

---

l'ipoteca era data, non solo per la dote, ma in genere per sicurezza della esecuzione delle convenzioni matrimoniali. Le leggi civili napoletane riproducevano integralmente la disposizione del codice civile francese (art. 2007).

(1) La dote che non può essere costituita od aumentata dai coniugi durante il matrimonio, può esserlo da un terzo. V. su ciò il nostro trattato *Del contratto di matrimonio*, n. 106 (in questa stessa collezione, Parte XII, vol. I); ed anche in questo caso può farsi luogo alla iscrizione della ipoteca legale.

benchè con molte ed importanti restrizioni (1), con la disposizione che stiamo esaminando si è accordato alla moglie il diritto ad iscrivere per sicurezza della dote l'ipoteca legale.

107. Non ipoteca tacita, come pel codice francese (art. 2135); non ipoteca generale sui beni presenti e futuri del marito; ma diritto ad iscrivere ipoteca su determinati beni in ossequio ai principii fondamentali, tante volte ricordati, della pubblicità e specialità, senza efficacia retroattiva e perciò operativa di effetto, come tutte le altre, dal momento della iscrizione (2).

Soltanto il legislatore procura con severe disposizioni che la iscrizione avvenga, dichiarando quali sono le persone obbligate a prenderla, quali le pene che incontrano per la omissione di così importante formalità. Il marito e il notaio che ha ricevuto l'atto

(1) V. su ciò il citato nostro trattato *Del contratto di matrimonio*, n. 222 e seg.

(2) *Relazione della commissione senatoria*, 274: « Quanto alla ipoteca legale della moglie per la dote e pei lucri dotali, il progetto, fedele all'indeclinabile principio della pubblicità, non esitava punto ad imporre l'obbligo della iscrizione, facendo cessare il beneficio della conservazione della ipoteca dotale indipendentemente dalla iscrizione. E la commissione non dubitava punto di seguire il progetto sulla via novella, sul riflesso che lo scopo eminente della pubblicità andrebbe fallito di certo, ove per avventura si lasciasse inalterata la eccezionalità dell'ipoteca dotale sciolta dall'obbligo della iscrizione ». Già le legislazioni italiane anteriori si erano poste su questa via, riconoscendo come fosse poco efficace la pena dello stellionato comminata dal Codice francese (art. 2136). Il legislatore toscano con la legge ipotecaria del 2 maggio 1836 aveva disposto che la ipoteca legale della moglie dovesse essere iscritta (art. 97); iscritta però entro il termine di un mese dal giorno del matrimonio, aveva effetto retroattivo e non era pregiudicata dalle iscrizioni prese contro il marito nell'intervallo (art. 100); quel legislatore inoltre non aveva osato uniformarsi al principio della specialità; l'ipoteca era generale (art. 64 n. 1) e aveva perciò effetto, con la semplice enunciazione della generalità sua, su tutti gl'immobili del marito presenti e futuri. V. ancora Regolamento pontificio art. 133, Cod. albertino art. 2215, Cod. parmense art. 2187, Cod. estense art. 2187. Le leggi civili napoletane (art. 2007, 2021, 2022) disponevano come il Codice francese. V. su ciò Cass. Napoli, 10 gennaio 1867, *Gazzetta notar.*, XX, 441.

di costituzione della dote devono iscrivere l'ipoteca legale nel termine di venti giorni dalla data dell'atto (art. 1982 Cod. civ.); ove non lo facciano, sono tenuti al risarcimento dei danni ed incorrono in una multa estensibile a lire mille (art. 1984 Cod. civ.); è imposto anche in questa materia al procuratore del re l' obbligo di sorvegliare perchè siano prese le iscrizioni, di promuovere l'applicazione delle pene, di richiedere egli stesso l'iscrizione (articolo 1984 capov. Cod. civ.); è ammesso finalmente che la iscrizione possa essere richiesta da chi ha costituito la dote; e che anche la stessa moglie possa richiederla senza bisogno di speciale autorizzazione (art. 1982 ult. capov. Cod. civ.).

Il termine di venti giorni di cui nell'art. 1982 Cod. civ. non è stabilito a pena di decadenza (1). È rimasto nel codice perchè nei progetti era assegnata alla iscrizione operata entro quel termine la retroattività di effetti che fu giustamente soppressa; ma è utile, sia per sollecitare le persone a ciò obbligate ad iscrivere l'ipoteca con la voluta speditezza, sia per segnare il momento dal quale le persone stesse incorrono nelle comminate penalità.

Il conservatore delle ipoteche non è tenuto ad iscrivere d'ufficio l'ipoteca di cui si tratta, perchè la legge non gl'impone siffatto obbligo come per l'ipoteca legale dell'alienante. Se pertanto gli venisse presentato, per operarne la trascrizione sui suoi registri, un atto di costituzione di dote che fosse in pari tempo atto traslativo di proprietà immobiliari, egli non sarebbe obbligato ad iscrivere d'ufficio l'ipoteca a favore della moglie contro il marito, nè avrebbe d'altronde la possibilità di farlo, quando l'atto non contenesse la descrizione dei beni sui quali questa ipoteca dovrebbe essere iscritta; non iscrivendola egli non incorrerebbe pertanto in alcuna responsabilità. Il conservatore non avrebbe altro obbligo che quello d'iscrivere l'ipoteca a favore del donante contro la moglie donataria per sicurezza dei pesi che a questa fossero imposti in

---

(1) Trib. Salerno, 11 ottobre, 1887, *Gazz. procur.*, XXII, 139.

virtù dell'atto di donazione; ma tutto ciò che attiene allo scopo della donazione, all'essere la medesima fatta in contemplazione di un determinato matrimonio, e a titolo di costituzione di dote, sfuggirebbe alla competenza del conservatore.

Che se il conservatore, facendo quello che avrebbero dovuto fare il marito ed il notaio, avesse, per quanto non obbligato a farlo, preso la iscrizione, questa varrebbe. Dato il diritto alla iscrizione, la sua materiale esistenza sui registri ipotecari sarebbe operativa di effetto di fronte ai terzi; l'operato del conservatore non potrebbe essere impugnato dalla moglie che ne risente un vantaggio; non dal marito, che era obbligato a prendere la iscrizione egli stesso; non dai terzi, i quali non possono lagnarsi dal momento che non è violato il principio della pubblicità; iscritti anteriormente, non risentono danno dalla iscrizione della ipoteca legale; iscritti posteriormente, risentono un danno giusto, conseguenza inevitabile della loro poziorità.

È inoltre opportuno avvertire fin da ora che l'ipoteca legale della moglie, una volta iscritta, non è soggetta a rinnovazione; essa non dura trent'anni, come le altre, ma conserva il diritto di prelazione per tutto il tempo del matrimonio e per un anno successivo allo scioglimento del medesimo (art. 2004 Cod. civ.).

108. Instaurando adesso le ricerche consuete, vediamo a chi spetta, su quali beni, per sicurezza di quali crediti, questa ipoteca legale.

A

A chi spetta

SOMMARIO

109. Spetta alla moglie — 110. *Quid juris* se il matrimonio non è celebrato — 111. Matrimonio dichiarato nullo — 112. Rinunzia alla ipoteca legale — 113. Diversità fra il caso della rinunzia e quello in cui la dote è dichiarata

alienabile nel contratto di matrimonio — 114. Cancellazione e postergazione della ipoteca legale — 115. Continuazione.

109. Spetta alla moglie. Se quindi vi è costituzione di dote, ma non è susseguita da matrimonio, o il matrimonio è annullato, non può parlarsi d'ipoteca legale; se fosse stata iscritta dovrebbe cancellarsi, e non potrebbe, quantunque, non cancellata, produrre effetto alcuno.

Le due proposizioni sono feconde d'importanti conseguenze e meritano separato esame.

110. La costituzione di dote fatta prima del matrimonio, si ha come non avvenuta se il matrimonio non è poi celebrato; resta in sospeso finchè questo può sempre avvenire, ma non ha più ragione di essere quando è certo che il matrimonio non avverrà. Non essendovi matrimonio, non vi è moglie, non vi è marito; e poichè la ipoteca è data appunto alla moglie sui beni del marito, siamo completamente al di fuori della ipotesi prevista dalla legge.

Il contrario non potrebbe argomentarsi dal fatto che la iscrizione, dovendo essere presa nei venti giorni dalla data dell' atto della costituzione di dote, non dalla data del matrimonio, può accadere che l'ipoteca sia iscritta prima della celebrazione, ogni qual volta questa sia per qualunque motivo ritardata (1); in tal caso la ipoteca ha effetto e prende grado dal momento della sua iscrizione, perchè presa in contemplazione del matrimonio imminente, e destinata ad avere il suo effetto quando il medesimo è avvenuto ed ha attribuito alla creditrice lo stato di moglie, al debitore lo stato di marito (2).

---

(1) Il MELUCCI (*op. cit.*, lez. V, n. 2) contempla questa ipotesi e la risolve nel senso che la ipoteca prenda grado dal giorno della sua iscrizione, quantunque questa sia eseguita prima del matrimonio; e su ciò non cade difficoltà, perchè la futura sposa, se non è anco moglie, è però prossima a divenir tale.

(2) Osservammo in proposito nel nostro *Trattato del contratto di matrimonio* che ogni convenzione matrimoniale s'intende fatta sotto la tacita condizione « *se il matrimonio avverrà* » (n. 69).

Ma se il matrimonio non avviene, parlare d'ipoteca legale della moglie sui beni del marito è un inconcepibile assurdo. La iscrizione che fosse stata operata, non può spiegare alcuno effetto e qualunque interessato può domandarne la cancellazione; non è questione di semplice nullità, è questione d'inesistenza, essendo mancato il titolo dal quale l'iscrizione doveva prendere vita.

La soluzione da noi proposta non dà luogo ad inconvenienti se la dote costituita è di specie, per averne la moglie conservata la proprietà; non dà luogo ad inconvenienti neppure se la dote essendo di quantità, e dovendo perciò passare in proprietà del marito, non è stata pagata; ma se fosse stata pagata al momento della costituzione, può nella pratica incontrarsi un gravissimo inconveniente.

Costituita e pagata la dote, iscritta contro il futuro marito la ipoteca legale, la restituzione che il futuro marito è indubbiamente ed immediatamente tenuto a fare, sarà garentita con l'azione ipotecaria.

A noi, che propendiamo per ritenere non già semplicemente nulla ma addirittura inesistente quella iscrizione, la risposta negativa sembra la sola rispondente alla severità dei principii.

L'ipoteca concessa alla moglie sui beni del marito garantisce il credito dotale. Ora nella ipotesi configurata non essendovi moglie, nè marito, non vi ha credito dotale; vi ha un obbligo di restituzione che ha la sua causa, non già nel matrimonio, ma bensì nel fatto, non contemplato dalla legge, che il matrimonio non ha avuto luogo.

Si supponga che nell'intervallo fra la costituzione della dote, accompagnata da iscrizione della ipoteca legale, e la domanda di restituzione, per non avvenuta celebrazione del matrimonio, della dote che fosse stata pagata, colui che è tenuto alla restituzione abbia costituito sopra i suoi beni una ipoteca convenzionale che sia stata debitamente iscritta, o che siano state iscritte contro di lui delle ipoteche giudiziali: i creditori garantiti con queste iscri-

zioni prevarrebbero su chi reclamasse la restituzione della somma pagata a titolo di dote, per quanto iscritta anteriormente, stante la inesistenza della relativa iscrizione.

È questo, non gioverebbe il nasconderlo, un grave inconveniente; ma non vale a modificare la soluzione proposta da noi. Il non procedere alla stipulazione del contratto di matrimonio finchè non è imminente la celebrazione; il non pagare, in ogni modo, la dote di quantità, finchè il matrimonio non è celebrato, sono le cautele, comunemente adottate, con le quali si può evitare il pericolo di domandare inutilmente la restituzione di una dote pagata in vista di un matrimonio che non è stato poi celebrato (1).

111. Veniamo all'altro caso. Se il matrimonio è annullato, per una qualunque delle cause ammesse dalla legge, non può del pari parlarsi d'ipoteca legale della moglie sui beni del marito. In conseguenza anco in questo caso l'iscrizione che fosse stata presa, non potrebbe essere operativa di effetto e da qualunque interessato potrebbe esserne domandata la cancellazione. Tutti quanti gli scrittori, che si sono occupati della questione, la risolvono in questo senso (2); tutti però si accordano nel dire, che se la donna che ha cessato di essere moglie per l'annullamento del matrimonio è in buona fede, l'ipoteca a suo favore iscritta sui beni di colui che ha cessato di essere suo marito conserva il suo effetto, per

(1) La questione da noi accennata in questo numero non è stata, per quanto è a nostra notizia, oggetto di speciale studio per parte dei commentatori del Codice vigente. Soltanto il Pacifici-Mazzoni (*op. cit.*, I, 136) osserva che l'ipoteca legale della moglie ha nascimento dal giorno della costituzione della dote, non da quello della celebrazione del matrimonio, argomentando dal fatto che il legislatore dice aver luogo l'ipoteca sui beni che il marito possiede « *al momento in cui la dote è costituita* ». Ma su ciò non cade dubbio, ove il matrimonio avvenga; il dubbio che abbiamo risoluto nel testo riguarda il caso che il matrimonio non avvenga, per quanto sia stata costituita e pagata la dote e sia stata iscritta la ipoteca legale.

(2) Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, I, 135; Pochintesta, *op. cit.*, I, 158; Melucci, *op. cit.*, lez. V, n. 2.

sicurezza di quelle restituzioni che possono esserle dovute; infatti l'art. 116 Cod. civ. accorda gli effetti civili al matrimonio dichiarato nullo in favore del coniuge che possa farsi scudo della sua buona fede; e fra gli effetti civili è da annoverarsi anco la ipoteca concessa alla moglie sui beni del marito dall' art. 1969 n. 4 Cod. civ.

L'annullamento del matrimonio non influisce, in questa ipotesi, sulla efficacia della iscrizione presa anteriormente; ed è altresì da ammettere, come logica estensione di tale principio, che anche a matrimonio annullato la donna che lo tradusse in buona fede possa iscrivere l'ipoteca sui beni di colui che fu suo marito, per assicurare la restituzione di una dote regolarmente costituita prima dell'annullamento; soltanto questa ipoteca prenderebbe grado, come tutte le altre, dal momento della sua iscrizione (1).

112. È controverso se la donna capace di obbligarsi, o assistita dalle persone chiamate ad integrare la sua capacità giuridica, possa nel contratto di costituzione della dote rinunziare validamente all'ipoteca concessale dalla disposizione di legge che stiamo esaminando.

Esprimemmo altrove (2) la opinione che la validità della rinunzia non può nel diritto nostro essere seriamente contrastata; pur conservando alla dote, almeno in apparenza, il carattere della inalienabilità (3), il legislatore italiano ha manifestato il concetto che la dote non sia un istituto di ordine pubblico, ma una sem-

---

(1) Pacifici-Mazzoni, *op.* e *loc. cit.*

(2) *Contratto di matrimonio,* 144.

(3) La dote è inalienabile più tosto nell'apparenza che nella sostanza, perchè è in facoltà dei contraenti di dichiararla alienabile nel contratto di matrimonio (art. 1404 Cod. civ.); ed anco quando non è dichiarata alienabile, può sempre essere alienata con il consenso dei coniugi e con l' autorizzazione del tribunale (art. 1405 Cod. civ.).

plice modalità della società coniugale riguardo ai beni (1); il divieto della rinuncia, scritto nei precedenti codici, non fu ripetuto nel codice vigente (2); avendo permesso il più, cioè la stipulazione che rende la dote alienabile liberamente, non si saprebbe comprendere perchè il legislatore nostro avrebbe dovuto vietare il meno, cioè la rinunzia alla ipoteca legale; la legge d'altronde non estende la ipoteca a tutti quanti i beni del marito, ma consente che possa validamente essere ristretta a beni determinati; ciò equivale a permettere la rinunzia, tanto valendo il rinunziare apertamente all'ipoteca, quanto il rinunziarvi in modo implicito col limitarla a beni di valore insufficiente, o già coperti da ipoteche anteriori (3).

Un illustre scrittore nostro si è fatto recentemente ad impugnare questa soluzione, fondandosi specialmente sul disposto dell'art. 1379 Cod. civ. che vieta agli sposi di derogare ai diritti che vengono dalla legge attribuiti all'uno o all'altro coniuge (4); ma le osservazioni che egli presenta a sostegno di questa sua opinione non sono tali da persuaderci ad abbandonare la soluzione da noi adottata sulla scorta della grande maggioranza degli scrittori (5).

---

(1) In tutte le discussioni e relazioni che precederono la promulgazione del Codice civile italiano fu sempre espresso questo concetto, che può dirsi fondamentale in materia di dote.

(2) Cod. francese art. 2140; Leggi civ. napol. art. 2034; Cod. albertino articolo 2264; Cod. parmense art. 2191; Cod. estense art. 2159; Regolam. pontificio art. 138.

(3) Propendono per la validità della rinunzia, oltre gli scrittori da noi citati nel trattato del *Contratto di matrimonio* (n. 144 in nota); PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 135; POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 160; RICCI, *Corso di diritto civile*, X, 166. La giurisprudenza continua pure a propendere per la libertà di rinunziare: Cass. Torino, 6 novembre 1891, *Giurispr. tor.*, 1891, 754; Casale, 29 luglio 1893, *Giurispr. tor.*, 1893, 560.

(4) MIRABELLI, *Diritto dei terzi*, II, pag. 355 e seg.; *Delle ipoteche*, pag. 39.

(5) Soltanto il notaro MOSCATELLI, sostenne la negativa nella *Gazzetta dei notai di Napoli*, I, 162; ma la sua argomentazione fu confutata dal PACIFICI-MAZZONI (*loc. cit.*). Giova anche ricordare come nel 1876 fosse proposto il

Conveniamo pienamente, e lo abbiamo già detto altrove (1), che l'articolo citato, vietando di derogare ai diritti attribuiti dalla legge all'uno od all'altro coniuge, non intende riferirsi soltanto alle relazioni personali dei coniugi, come le obbligazioni reciproche della fedeltà, dell'assistenza, della coabitazione, l'esercizio della patria potestà per parte della madre quando il padre non può esercitarla, il di lei concorso alla educazione dei figli, il diritto di domandare la separazione personale; conveniamo pienamente che l'articolo si riferisce ancora a quelli fra i rapporti patrimoniali dei coniugi che sono fissati fra loro in modo inalterabile dalla legge; ma riteniamo che fra questi rapporti sottratti alla libera contrattazione, non rientri la rinunzia alla ipoteca legale. Certamente in un contratto di matrimonio non può validamente stipularsi che alla moglie, non sia lecito domandare la separazione della dote, sia pure nei casi indicati nell'art. 1418 Cod. civ.; o che le sia vietato di domandare la separazione giudiziale dei beni, quantunque si verifichino le circostanze previste dall'art. 1442 Cod. civ. Sarebbe del pari nulla la convenzione con cui la moglie si fosse voluta sottrarre all'obbligo di contribuire al mantenimento del marito se questi non avesse mezzi sufficienti (art. 132 capov. Cod. civ.). Ma il caso in esame è ben diverso. Il limite di protezione accordato dal legislatore nostro al credito dotale è nettamente tracciato dall'art. 1400 Cod. civ. pel quale il marito non è tenuto a dare cauzione per la dote che riceve se non vi è stato obbligato nell'atto di costituzione dotale; se ciò non ostante si è lasciata sussistere nell'art. 1969 n. 4 Cod. civ. la ipoteca legale, è a ritenersi che il legislatore abbia inteso d'interpretare la presunta volontà dei contraenti, non porsi in antagonismo con la stessa volontà manifestata in senso contrario. È indubitato che se la dote non forma

---

quesito dalla direzione del *Monitore del notariato* e l'illustre giureconsulto PAOLI giudicò meritevole di premio il lavoro in senso affermativo del notaro LUDOVICO MARRANO di Padula in Salerno.

(1) *Contratto di matrimonio*, n. 73.

più parte del diritto pubblico, è pur non di meno istituto giuridico che crea uno speciale patrimonio la cui conservazione sommamente interessa alla moglie ed ai figli: ma dal momento che le parti sono libere di non costituire la dote, di costituirla senza il vincolo dell'inalienabilità, di alienarla persino, con certe condizioni, se il vincolo è stato mantenuto; dal momento che la stessa ipoteca legale può rendersi illusoria ed inefficace col restringerla a pochi beni, non sufficienti a garantirne la conservazione e la restituzione, sostenere che la rinunzia alla ipoteca legale non è valida, è un porsi in aperta contradizione con lo spirito della legge. La società coniugale relativamente ai beni è regolata dalle convenzioni delle parti e dalla legge (art. 1378 Cod. civ.). Il legislatore enumerando prima le convenzioni, poi la legge, dimostra chiaramente di tenere nel debito conto la libertà contrattuale: le parti sono libere di regolare i loro rapporti patrimoniali come meglio credono, purchè non si offendano certi generali precetti di ordine pubblico e di buon costume che il legislatore ha dettato in modo imperativo e sotto la forma di disposizioni proibitive. Tale non è l'articolo 1969 n. 4. La moglie ha ipoteca legale sui beni del marito; ma l'ha come l'alienante, come il condividente, come le persone sottoposte a tutela; dal momento che tutte queste persone possono rinunziare a questa garanzia, perchè la rinunzia dovrebbe essere interdetta soltanto alla moglie? I passati codici avevano su ciò una disposizione proibitiva: il non averla il legislatore italiano ripetuta, è di per sè argomento bastante per ritenere che il divieto fu da lui considerato come contrario al nuovo concetto della dote, considerata, giova ripeterlo, come una semplice modalità della società coniugale riguardo ai beni.

113. Occorre appena avvertire che altra cosa è la convenzione con cui la dote viene dichiarata alienabile o ipotecabile nel contratto di matrimonio a forma dell'art. 1404 Cod. civ., altra cosa, e ben diversa, la rinunzia alla ipoteca legale di cui abbiamo tenuto parola nel numero precedente. Dichiarata alienabile o ipote-

cabile la dote, la moglie che non abbia rinunziato alla ipoteca legale gode egualmente di questa garanzia; ne è anzi maggiore il bisogno, perchè può servire ad assicurarla sui beni del marito dalle conseguenze per lei dannose della alienazione, quando questa avvenga in di lui vantaggio. Al contrario rinunziando la moglie alla ipoteca legale, non per questo può ritenersi alienabile la dote senza le formalità volute dalla legge; vi è anzi bisogno maggiore della rigorosa osservanza di queste formalità, perchè la mancanza di una garanzia reale sul patrimonio del marito può rendere illusoria ed inefficace l'azione di restituzione (1).

114. Ma se la rinunzia non è stata emessa nel contratto di costituzione della dote, può essere emessa a dote costituita?

Che si possa emettere prima che sia celebrato il matrimonio, è cosa sulla quale non cade dubbio. La legge contempla espressamente il caso delle mutazioni che possono occorrere nei contratti matrimoniali prima del matrimonio e le ammette, purchè si facciano per atto pubblico, con la presenza e il simultaneo concorso di tutte le persone che presero parte al contratto primitivo (articolo 1383 Cod. civ.), dichiarandole operative di effetto anche di fronte ai terzi, purchè annotate nell'originale e nelle copie di questo (art. 1384 Cod. civ.).

Non cade dubbio del pari sulla validità della rinunzia emessa dopo la celebrazione del matrimonio quando la dote è costituita od aumentata a matrimonio celebrato; non siamo allora nei termini del quesito proposto, perchè la rinunzia può intervenire nell'atto stesso in cui ha luogo la costituzione o l'aumento dotale.

Il dubbio può nascere soltanto nel caso in cui, costituita la dote senza rinunzia, ed iscritta sui beni del marito l'ipoteca legale, si tratti di rinunziarvi durante il matrimonio: l'art. 1384 Cod. civ. dispone che le convenzioni matrimoniali di qualunque specie non possono cangiarsi in verun modo dopo la celebrazione; la ri-

(1) Ricci, *op.* e *loc. cit.*

nunzia di cui si tratta può considerarsi come una convenzione matrimoniale e farsi ricadere per conseguenza sotto la proibizione del citato articolo?

La questione, se pure tale può dirsi, è risoluta nell'art. 1405 Cod. civ. Questo articolo permette che durante il matrimonio si possano alienare, obbligare, ridurre o restringere le ragioni dotali con il consenso del marito e della moglie e mediante decreto del tribunale che può darne l'autorizzazione nei soli casi di necessità od utilità evidente. La espressione ridurre o restringere le ragioni dotali, comprende indubbiamente la cancellazione della ipoteca legale sui beni del marito, o la postergazione di essa, che in molti casi, togliendole il grado utile, equivale a cancellazione.

La sola differenza fra questo caso e quello contemplato in precedenza consiste in ciò, che mentre nel contratto di matrimonio la donna è libera di rinunziare per effetto di una mera determinazione della sua volontà, durante il matrimonio il suo consenso non basta; occorrono pure il consenso del marito e l'autorizzazione del tribunale, il quale può impartirla nei soli casi di necessità o di utilità evidente.

Applicare al caso di cui si tratta la regola dell'art. 1384 Cod. civ. sarebbe un disconoscere la realtà delle cose e un porsi in manifesta contradizione con l'art. 1405 Cod. civ.

Se si presenta una favorevole occasione di vendere i beni del marito sui quali è iscritta l'ipoteca dotale; se per imperiosi bisogni il marito è costretto a contrarre un mutuo su questi beni, e non può trovare il danaro che a patto di postergarla; se, in termini più generali, ricorrono la necessità o la utilità evidente, può essere consentita e autorizzata la relativa operazione. Soltanto, i tribunali devono essere canti nell'ordinare quelle nuove garanzie, o quelle forme di riduzione o restrizione delle ragioni dotali, che meglio possono valere ad assicurarne la conservazione.

115. Se poi la dote fosse stata dichiarata alienabile nel contratto di matrimonio, noi pensiamo che la ipoteca legale potrebbe

essere radiata o postergata col semplice consenso del marito e della moglie, senza che fosse necessaria l'autorizzazione del tribunale. Affermando ciò siamo ben lontani dal contradire a quanto fu detto più sopra, che cioè il patto in virtù del quale la dote può essere alienata ed ipotecata non equivale a rinunzia della ipoteca legale: noi riteniamo che stipulato il patto dell'alienabilità ed ipotecabilità della dote, l'ipoteca legale debba egualmente essere iscritta, ma che poi possa, durante il matrimonio, essere cancellata o postergata col semplice consenso dei coniugi. Ciò si argomenta dal confronto fra gli art. 1404 e 1405 Cod. civ. La dote, dice il primo, può essere alienata o ipotecata se nel contratto di matrimonio ne fu permessa l'alienazione o l'ipoteca: *fuori del caso indicato nel precedente articolo*, prosegue il secondo, non si possono durante il matrimonio alienare od obbligare a favore di chicchessia la dote nè le ragioni dotali della moglie e non si possono neppure ridurre o restringere le ragioni medesime, se non col consenso del marito e della moglie e mediante decreto del tribunale che può darne l'autorizzazione nei soli casi di necessità od utilità evidente. Tutta quanta la disposizione dell'art. 1405 è retta pertanto dalla frase iniziale «*fuori del caso indicato nel precedente articolo*»: nel caso adunque del precedente articolo non soltanto si può alienare e ipotecare la dote, ma si possono ancora obbligare, ridurre o restringere le ragioni dotali. Il permesso di cui all'art. 1404 ha questo effetto; e non può non averlo, per poco che si consideri come sarebbe assurdo che i coniugi potessero alienare o ipotecare senza intervento del giudice i fondi dotali, e non potessero poi, senza questo intervento, cancellare o postergare l'ipoteca legale iscritta sui beni del marito per sicurezza della dote di quantità.

Uno scrittore nostro ha espresso opinione contraria, dicendo che la facoltà di alienare la dote, concessa dal contratto di matrimonio, non conferisce quella di consentire la restrizione delle guarentigie dotali, ma rende anzi più sentito il bisogno di con-

servarle (1); ma è facile rispondere che la libertà concessa dall'art. 1404 Cod. civ. è generica e riguarda tanto la dote di specie quanto la dote di quantità; all'alienazione del fondo dotale, quando la dote è di specie, corrisponde la cancellazione dell' ipoteca legale sui beni del marito quando la dote è di quantità; l'una e l'altra possono avere per la donna dotata e per i figli le stesse disastrose conseguenze, e non vi è quindi ragione che valga a far ritenere che la legge, che pure permette l'una, proibisca l'altra (2).

B

Su quali beni.

SOMMARIO

116. L'ipoteca ha luogo sui beni presenti del marito; significato della parola *posseduti*, adoperata dal legislatore — 117. Applicazioni del principio della specialità — 118. La ipoteca ha luogo sui beni del marito anco se la dote è pagata a persona diversa — 119. Ipoteche eccessive; riduzione; rinvio.

116. L'ipoteca legale ha luogo sui beni del marito, non su quelli del padre o di altro ascendente di lui, per quanto intervenuto al contratto per ricevere la dote e per garantirne la restituzione (3),

---

(1) Ricci, *op. cit.*, X, 166.

(2) Gli scrittori accennano, a questo punto, anco alla questione se la ipoteca legale spetti alla straniera che contrae all'estero matrimonio con un italiano che possegga beni immobili nel regno, o all'italiana che si mariti a uno straniero, sui beni immobili che il medesimo ha in Italia (Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, I, 135; Pochintesta, *op. cit.*, I, 158); ma noi ci siamo prefissi di non invadere il campo del diritto internazionale privato e di limitarci al *Diritto civile italiano*, come esige la intrapresa trattazione.

(3) Già il Codice francese (art. 2121) aveva limitato l'ipoteca legale ai beni del marito ed era anco in questo seguito dalle leggi civili napoletane (art. 2009), dal regolamento pontificio (art. 117), dal Codice parmense (art. 2172). Il Codice albertino (art. 2170), il Codice estense (art. 2163) e la legge toscana (art. LXIV) la estendevano invece ai beni dell'ascendente obbligato alla restituzione della dote. La obbligazione poteva sorgere espressamente o

non su quelli di colui che ha costituito la dote senza pagarla e restandone per ciò debitore (1).

Per ciò che attiene alla specializzazione, la legge distingue; o la ipoteca è stata, nel contratto di matrimonio, limitata a determinati beni, e deve a cura del marito e del notaio essere iscritta soltanto su questi: o non è stata limitata, e può essere iscritta su tutti quelli che il marito possiede al momento in cui la dote è costituita (art. 1969 n. 4 capov. 1° Cod. civ.).

È con ciò esclusa la ipoteca sui beni futuri (2); ma è am-

---

tacitamente. Sorgeva tacitamente, quando l'ascendente ritirava egli stesso la dote o consentiva che venisse pagata al discendente (Cod. alb. art. 1565, Cod. est. art. 1459). Il Codice vigente ha seguito il primo sistema, lasciando che i genitori dello sposo che intervengono al contratto garantiscano, ove ne sia il caso, la restituzione della dote mediante ipoteca convenzionale o in altro modo (Torino, 18 maggio 1872, *Giurispr. tor.*, IX, 505; Torino, 27 febbraio 1874, *Giurispr. tor.*, XI, 311; Roma, 8 maggio 1886, *Temi romana*, VI, 296).

(1) Per quanto l'art. 1396 disponga che coloro che costituiscono una dote sono tenuti a garantire « *i beni assegnati in dote* ». Che non si tratti d'ipoteca legale lo ha deciso la Corte di Venezia (10 novembre 1878, *Monit. giurid.*, 1879, 8) e lo abbiamo dimostrato nel *Contratto di matrimonio* (n. 118), ove è precisato il fine e il contenuto della garanzia (n. 119). Nello stesso senso la Corte d'appello di Torino decise che alla donna dotata non compete ipoteca legale sui beni del costituente la dote, neppure se è il padre od altro ascendente (6 ottobre 1876, *Giurispr. tor.*, XIV, 175): la decisione è in questa parte conforme ai principii; non così nell'altra parte in cui, dopo aver giustamente osservato che la ipoteca consentita dal costituente la dote è convenzionale non legale, sancì la massima seguente: « A siffatta ipoteca non si estende il divieto fatto dalla legge ai coniugi di alienare o restringere durante il matrimonio le ragioni dotali senza autorizzazione; quindi è valida la posposizione consentita dal solo marito quantunque abbia beni proprii su cui iscrivere l'ipoteca legale ». È evidente che siffatta proposizione ricade sotto il tassativo disposto dell'art. 1405 Cod. civ. Deve quindi essere consentita da ambedue i coniugi ed autorizzata dal tribunale nei soli casi di necessità o di utilità evidente.

(2) MIRABELLI, *Ipoteche*, p. 36; RICCI, *op. cit.*, X, 107. La Commissione senatoria aveva proposto di estendere l'ipoteca legale della moglie ai beni fu-

messa su tutti i beni posseduti dal marito, quantunque non ne resulti proprietario, salvo a restare inefficace se in seguito si dimostri da qualunque interessato che il possesso è discompagnato dalla proprietà.

Invero la parola «*possiede*», adoperata dalla legge, non risponde al concetto fondamentale della ipoteca, la quale, essendo diritto reale, non può essere validamente costituita se non da chi e contro chi ha la proprietà dei beni ipotecati e la facoltà di disporne; il legislatore, adoperandola, ha voluto prescindere dalle indagini intorno alla proprietà dei beni, ritenendole poco opportune e non sempre esperibili nella imminenza di un rapporto giuridico di natura così delicata qual'è il contratto di matrimonio. Per prendere ipoteca deve dunque aversi riguardo allo stato di fatto, piuttosto che allo stato di diritto, al possesso non alla proprietà. Che se poi resultasse che i beni posseduti dal marito al momento in cui la dote è costituita non gli appartenevano in tutto od in parte, ed erano proprietà altrui, l'ipoteca rimarrà per questa parte inefficace (1).

---

turi; ma la Commissione parlamentare ritenne che potesse fortemente dubitarsi della opportunità di tale disposizione, che avrebbe in parecchi casi trattenuto il marito dal fare nuovi acquisti (PISANELLI, Relazione alla Camera dei deputati 12 gennaio 1865). La Commissione di coordinamento tenne poi conto di questa osservazione ritornando al progetto Pisanelli (Verb. XLI n. 6).

(1) L'espressione adoperata dal legislatore nostro « *beni che il marito possiede* » non è stata per quanto ci consta avvertita dai precedenti commentatori. Il Codice francese dispone all'art. 2137 che sebbene l'ipoteca legale della moglie abbia effetto indipendentemente dalla iscrizione, i mariti sono obbligati ad eseguirla « *sur les immeubles à eux appartenants, et sur ceux qui pourront leur appartenir par la suite* ». Le parole *appartenants*, *appartenir*, implicano il concetto della proprietà, non quello, meno esatto, del possesso. Il Codice albertino disponeva che quando la ipoteca non fosse stata legittimamente ristretta a determinati beni, il notaio che riceveva l'atto portante costituzione di dote o altre convenzioni matrimoniali dovesse far dichiarare dal marito « *la situazione con generica designazione dei beni a lui spettanti* » (art. 2226). Anco qui si ha riguardo

Mancando nei lavori preparatori qualsiasi spiegazione della ragione per la quale si parlò di possesso non di proprietà, a proposito dei beni colpiti dalla ipoteca legale della moglie (1), noi non sappiamo trovarne una diversa da quella sopra accennata, che cioè si sono volute evitare indagini, le quali, possibili ed opportune quando si tratta di un mutuo o di una vendita, non lo sarebbero in un contratto di natura tanto diversa (2). Non possiamo però nascondere che la spiegazione da noi escogitata attribuisce alla legge un significato che non è scevro d' inconvenienti; può infatti accadere che vengano colpiti dalla ipoteca beni che il marito possiede senza averne la proprietà, lo che non vale ad assicurare le ragioni della moglie; e che al contrario siano esclusi dalla garanzia beni che sono indubbiamente proprietà del marito, per l'unica ragione che non ne ha il possesso al momento in cui la dote è costituita.

Non occorre lungo ragionamento per dimostrare che tutto ciò è contrario allo scopo propostosi dal legislatore col mantenere la ipoteca legale della moglie, e che per conseguenza la disposizione dell'art. 1969 n. 4 capov. 1.° e l'altra corrispondente dell'art. 1982 capov. 1.°, se pur devono intendersi secondo il proprio significato delle parole, sono meritevoli di censura.

117. Prescindendo dalle osservazioni sopra esposte, le quali hanno per oggetto unicamente il riferimento al possesso infiltra-

---

alla proprietà. Il Codice civile italiano invece, ribadisce il concetto del semplice possesso nel primo capoverso dell'art. 1982: « Quando l'ipoteca non sia stata ristretta a determinati beni, il notaio deve far dichiarare dal marito la situazione dei beni da lui *posseduti*, colle indicazioni espresse nell'art. 1879 ».

(1) La *Relazione Pisanelli* si limita a parafrasare il testo del Codice dicendo che la ipoteca colpisce soltanto i beni posseduti dal marito al tempo del contratto (n. 191, ediz. Gianzana, I, p. 131).

(2) Si potrebbe supporre che nelle frasi « *beni che il marito possiede*, *beni posseduti dal marito* » le parole *possiede*, *posseduti* siano state adoperate impropriamente; ma sarebbe irriverente e quasi temerario il ritenere che il legislatore sia caduto in una così madornale improprietà di linguaggio.

tosi non si sa come nè perchè nelle disposizioni in esame, può dirsi che esse rispondono pienamente al principio della specialità della ipoteca. Infatti, o il contratto di matrimonio non contiene limitazione alcuna in proposito, ed il notaio ed il marito sono tenuti ad operare, nei venti giorni dall' atto, la iscrizione su tutti quanti i beni del marito che siano suscettivi di questo vincolo; la loro descrizione deve essere fornita dal marito nello stesso contratto di costituzione dotale a richiesta del notaio, e deve comprendere tanto gl' immobili per natura coi loro accessori, quanto gli altri beni enumerati nell' articolo 1967 Codice civile (1). O il contratto limita l' ipoteca a beni determinati, e deve necessariamente indicarli, specificandone la natura, la corrispondenza catastale e le altre enunciazioni richieste dall' articolo 1979 Codice civile.

Se però, nella prima delle accennate ipotesi, il marito dichiarasse di non possedere beni immobili, mentre in realtà ne possedesse, o ne dichiarasse una parte soltanto, l' ipoteca legale potrebbe essere iscritta egualmente sugl' immobili non dichiarati; soltanto la omessa dichiarazione varrebbe ad esonerare il notaio da ogni responsabilità per non avere iscritto l' ipoteca sui beni non dichiarati dal marito, e il solo marito sarebbe responsabile dei danni che potessero derivare dalla omessa dichiarazione.

Infatti non si potrebbe ragionevolmente pretendere che il notaio dovesse ispezionare tutti gli uffici catastali del regno, e lo stesso gran libro del debito pubblico, per verificare se il marito possiede beni suscettivi d' ipoteca, quando ha dichiarato di non possederne, o se ne possiede altri, oltre quelli da lui dichiarati. Il notaio ha pienamente esaurito il mandato affidatogli dalla legge quando ha fatto constare nell' atto di avere interpellato il marito

---

(1) Un dubbio può sorgere quanto alle rendite dello Stato, enumerate nel n. 4 dell'art. 1967. Ma non ha ragione di sussistere, data la generalità della espressione « *ha luogo su tutti quelli che il marito possiede* ecc. ».

e ha curato l'iscrizione della ipoteca sui beni che sono stati da lui dichiarati in conseguenza di siffatta interpellazione.

Dicemmo che il marito solo sarebbe responsabile dei danni per avere dichiarato, contrariamente al vero, di non possedere beni immobili, o per averne occultata una parte; questa responsabilità dà però luogo a una semplice azione personale di risarcimento di danni, in favore della moglie e dei suoi eredi; dato il principio della pubblicità, nulla può tener luogo della mancanza d' iscrizione.

Dicemmo ancora che l' ipoteca può essere egualmente iscritta sui beni non dichiarati dal marito nel contratto di matrimonio. Su ciò non cade dubbio. La ipoteca è data dalla legge sui beni del marito, e l'obbligo di dichiararli è imposto dalla legge per facilitarne la iscrizione; ma se il marito non ha adempiuto a questo suo obbligo, o vi ha adempiuto soltanto in parte, può supplire la diligenza di chi ha costituito la dote, o della stessa moglie, e può l' ipoteca essere richiesta persino dal procuratore del re (art. 1982 ult. capov., art. 1984 capov. Cod. civ.).

Anche a matrimonio celebrato, venendo a conoscersi la esistenza di beni del marito non dichiarati nel contratto di costituzione dotale, l' ipoteca può sempre essere iscritta, purchè si tratti di beni che gli appartenevano al momento in cui la dote fu costituita; anco se la ipoteca fosse stata precedentemente iscritta sopra altri beni: soltanto la nuova ipoteca prenderà grado dal momento della sua iscrizione, in omaggio al principio della pubblicità (1).

118. È poi opportuno avvertire che la ipoteca ha luogo sui beni del marito anco se la dote costituita dalla donna a sè stessa, o da altri a suo favore, sia stata pagata a persona diversa, per

(1) La moglie può sempre fare iscrivere la ipoteca legale sui beni del marito, da lui posseduti al momento in cui la dote fu costituita, anche quando nel contratto nuziale questi avesse dichiarato di non possedere beni immobili (Trib. Salerno, 11 ottobre 1887, *Gazz. proc.*, XXII, 139).

esempio al padre di lui. È questa una inevitabile conseguenza del fatto che il nostro legislatore, nel lodevole intendimento di restringere entro limitati confini la ipoteca legale, non l'ha accordata sui beni dell'ascendente obbligato solidalmente col marito alla restituzione (1).

La ipoteca è data dalla legge sui beni del marito; dunque non su quelli di persona diversa; si tratta di una disposizione eccezionale, la quale non può ricevere una interpretazione estensiva (2).

Se la dote è pagata al padre, il quale si obbliga a restituirla, si ha nei rapporti dei coniugi con lui, un contratto di mutuo vero e proprio, e la ipoteca che il padre costituisse a garanzia della restituzione sarebbe convenzionale non legale (3).

Malgrado ciò noi diciamo che se il marito possedesse beni immobili, la ipoteca legale dovrebbe egualmente essere iscritta su questi beni; il fatto che la dote è pagata a suo padre, o ad altro ascendente, non lo dispensa dall'obbligo della restituzione; la legge d'altronde non distingue; quando vi è dote, vi è, come conseguenza necessaria, il diritto ad iscrivere la ipoteca legale.

In pratica generalmente avviene che il padre riceve la dote e la garantisce con ipoteca convenzionale quando il marito, per essere figlio di famiglia, non possiede beni sui quali l'ipoteca legale possa essere iscritta; ma se ne possedesse, il fatto che la dote è stata pagata al padre, e dal padre è stata garantita, non toglierebbe il diritto alla ipoteca legale, se non quando il contratto contenesse in proposito una esplicita rinunzia.

Nè tale iscrizione può dirsi in questi casi superflua e discordante dallo scopo della legge, la quale si propone, come sappia-

(1) V. su ciò la nota 3 a p. 204 ove si citano le disposizioni del Codice albertino, del Codice estense e della legge ipotecaria toscana.

(2) Ricci, *Diritto civ.*, X, 167.

(3) Tanto vero che sarebbe in questo caso dovuta la imposta di ricchezza mobile sugl'interessi, la quale non è dovuta quando la dote è pagata direttamente al marito che ne fa suoi i frutti durante il matrimonio.

mo, di proteggere le ragioni dotali contro ogni pericolo di danno. Se per esempio il marito trascurasse di rinnovare contro il padre l' ipoteca convenzionale e questa perdesse la sua anteriorità di grado; o se per reverenza filiale si astenesse dal ripetere gl' interessi che andassero prescritti, o si astenesse dal proporre la domanda di collocazione in un giudizio di graduazione, chi è che non vede che la ipoteca legale iscritta sui beni del marito, non ostante la garanzia convenzionale data dal padre, non sarebbe una inutile duplicazione?

Essendo la ipoteca legale della moglie destinata a garantire la conservazione delle ragioni dotali per tutta la durata del matrimonio e per l' anno successivo allo scioglimento del medesimo, i suoi effetti possono protrarsi per lunghissimo spazio di tempo; e in un lunghissimo spazio di tempo le ragioni garantite possono correre tanti impensati pericoli, che, ammesso il principio di protezione adottato dal legislatore, si devono ammettere tutte quelle conseguenze che non sono in aperta contradizione con la lettera e con lo spirito delle sue disposizioni.

119. Il sistema seguìto dal Codice quanto alla determinazione dei beni sui quali l' ipoteca legale della moglie può essere iscritta, ha l' inconveniente che mentre in molti casi la garanzia può riuscire illusoria perchè il marito non possiede beni suscettivi d' ipoteca, o li possiede gravati di precedenti iscrizioni, in altri casi può resultare eccessiva, per essere il valore dei beni posseduti da lui di gran lunga superiore all' ammontare delle ragioni dotali.

In questi casi si provvede ordinariamente nel contratto di costituzione dotale limitando la ipoteca legale a determinati beni; ove non si fosse provveduto in questo senso, la legge accorda al marito la facoltà di domandare che la ipoteca sia ristretta ad una parte soltanto dei beni indicati nella iscrizione secondo le norme contenute nella Sezione VII (art. 2024 e seg. Cod. civ.), che saranno da noi esaminate a suo luogo.

C

Per quali crediti.

SOMMARIO

120. La ipoteca è data per la dote e pei lucri dotali; non per i crediti che possono spettare alla donna in caso di comunione, non per quelli derivanti da alienazione o da cattiva amministrazione dei beni parafernali — 121. Dote di specie e dote di quantità — 122. Casi nei quali la ipoteca è semplicemente eventuale — 123. Somme dotali provenienti da successione o donazione — 124. Interessi; enunciazione della misura — 125. Diritto della vedova all'abitazione e alle vesti da lutto — 126. Spillatico — 127. Ipoteche convenzionali iscritte contro il marito in virtù delle convenzioni matrimoniali — 128. Lucri dotali — 129. Contro-dote — 130. Del tempo in cui la ipoteca spiega il suo effetto — 131. Scioglimento del matrimonio.

120. L'ipoteca è data alla moglie per sicurezza della dote e dei lucri dotali; non per garantire in genere l'adempimento delle convenzioni matrimoniali aventi diverso carattere; non in particolare per i crediti che potessero derivare a di lei favore dalla comunione degli utili stipulata nel contratto di matrimonio, o dall'alienazione dei suoi beni parafernali, che il marito avesse posto in essere, o che fosse stata fatta dalla moglie col di lui consenso, senza che risultasse impiegato utilmente il prezzo ricavatone.

Nel caso di comunione la moglie conserva la proprietà dei suoi beni, ed all'epoca dello scioglimento essa ed i suoi eredi possono esercitare il diritto di prelevamento, non solo di fronte al marito ed agli eredi di lui, ma ancora di fronte ai creditori particolari del marito, sempreché vi sia, quanto ai mobili, descrizione o altro titolo autentico di proprietà (art. 1445, 1446 Cod. civ.); ed anco per ciò che concerne gli utili, unico scopo che pel Codice nostro può avere la comunione fra coniugi (art. 1433 Cod. civ.), la moglie non ha bisogno di essere protetta dalla ipoteca

legale: questa infatti presuppone un credito da garantire, mentre nello stato di comunione le ragioni della moglie non sono semplici ragioni di credito sul patrimonio del marito; sono ragioni di comproprietà sugli acquisti fatti durante la comunione, protette a sufficienza dalla loro natura di diritto reale di per sè stante (art. 1436 Cod. civ.).

Quanto ai crediti che possono verificarsi a favore della moglie allo scioglimento del matrimonio, o in caso di separazione giudiziale dei beni, in virtù dell'alienazione dei beni parafernali fatta dal marito, o da lei stessa col di lui consenso, senza utile reimpiego, la ragione per la quale non fu dal Codice accordata la ipoteca legale ammessa da alcuni codici precedenti (1), fu enunciata nella relazione Pisanelli, nella quale si disse, che abolito nel progetto l' istituto della autorizzazione maritale, non vi era ragione alcuna di conservare quella speciale garanzia (2); ristabilita l'autorizzazione maritale dalla Commissione senatoria, sarebbe stato necessario ristabilire anco l' ipoteca legale per sicurezza dell'alienazione dei beni parafernali; ma ciò non fu fatto senza che se ne dicesse la ragione, e l' ipoteca legale della moglie non fu estesa al di là dei casi contemplati espressamente nell' art. 1969 n. 4.

---

(1) Cod. alb. art. 2171; Cod. est. art. 2164. Il Codice francese non aveva in proposito una disposizione espressa; ma la estensione della ipoteca legale ai crediti derivanti dallo sperpero dei beni parafernali si argomentava dalla generalità della espressione dell' art. 2121 di quel Codice e dall' essere l' ipoteca efficace senza iscrizione e senza determinazione di somma (PONT, *op. cit.*, X, 434).

(2) « Il progetto non ammette l' ipoteca legale della moglie sui beni del marito a garanzia dei suoi beni parafernali. Fu già accennato nella relazione del primo libro, che tale ipoteca era una conseguenza del sistema dell' autorizzazione maritale; soppressa questa, l'ipoteca doveva scomparire. Essa è inoltre inconciliabile col sistema della specialità delle ipoteche adottato dal progetto, mentre l' esperienza insegna d' altro canto che la medesima può facilmente evitarsi da un marito, il quale voglia sottrarre i proprii beni da tale vincolo ».

121. La ipoteca di cui si tratta, ove il marito possieda beni immobili e non vi sia rinunzia per parte della moglie, deve pertanto essere iscritta per sicurezza della dote in genere; tanto se la dote sia di specie, quanto se sia di quantità; tanto se sia stata pagata nell' atto stesso di costituzione dotale, quanto se resti a pagarsi. La generalità della espressione adoperata dal legislatore non consente di distinguere; d'altronde dalla costituzione della dote possono sempre sorgere rapporti di credito e di debito fra moglie e marito, avuto riguardo ai diversi casi di restituzione ed agli obblighi relativi (1).

Soltanto è da avvertire che la ipoteca può essere effettiva o semplicemente eventuale, secondo che la dote per la cui sicurezza viene iscritta è di quantità o di specie; se la dote è di quantità, se cioè la sua costituzione susseguita dal pagamento abbia fatto sorgere immediatamente un credito della moglie verso il marito, l' ipoteca è effettiva e sta a garantirne la restituzione (art. 1410 Cod. civ.); sarebbe anzi effettiva anco se la dote non fosse stata pagata, verificandosi la ipotesi prevista nell' art. 1414 Cod. civ.; se poi la dote è di specie, l'ipoteca sta a garantire le obbligazioni che possono verificarsi *ex post facto* a carico del marito al momento della restituzione, per le perdite o diminuzioni verificatesi sui beni dotali ed imputabili a sua negligenza (art. 1412 Cod. civ.). Nel primo caso la ipoteca garantisce il credito certo corrispondente al valore della dote stimata e passata, in virtù della stima, in proprietà del marito; nel secondo caso garantisce invece la

(1) Non crediamo pertanto meritevole di approvazione una sentenza della Corte d' appello d' Aquila del 3 giugno 1885 (*Foro abruzzese*, I, 88) la quale ritenne non dovesse farsi luogo a iscrizione della ipoteca legale quando la dote consiste in una rendita iscritta sul gran libro del debito pubblico. L'essere la dote assicurata con tale mezzo efficacissimo, che riduce l'amministrazione alla riscossione della semestralità, sarebbe una ragione buonissima per rinunziare alla ipoteca legale; ma non vi è rinunzia, la ipoteca deve essere iscritta perchè la legge non distingue.

conservazione e la buona amministrazione dei beni dotali rimasti in proprietà della moglie (1).

122. La ipoteca non è dunque, al momento in cui viene iscritta, subordinata all'esistenza di un credito attuale della moglie verso il marito; la sua iscrizione deve farsi in virtù della costituzione dotale indipendentemente dall'attualità del credito. Con ciò il legislatore ha voluto procurare che la ipoteca prenda un grado utile e sia per ciò mezzo efficace di protezione delle ragioni dotali.

È per questo che il primo capoverso dell'art. 1969 n. 4 Cod. civ. dispone che l'ipoteca ha luogo su tutti i beni che il marito possiede al momento in cui la dote è costituita «*ancorchè il pagamento di essa non avesse luogo che posteriormente*»; ma in tal caso la efficacia della iscrizione, al momento in cui l'azione ipotecaria si esercita, è naturalmente subordinata al pagamento effettivamente avvenuto, o alla responsabilità incontrata dal marito per non aver curato la relativa riscossione (2).

---

(1) Fece retta applicazione dei suesposti principii la Cass. di Napoli dicendo che la ipoteca legale iscritta per la buona amministrazione o conservazione dei beni dotali si tramuta di *eventuale* in *effettiva* quando il marito riceva la dote a titolo di mutuo con autorizzazione giudiziale (sentenza del 25 luglio 1888, *Gazz. proc.*, XXII, 413).

(2) Di fronte alla disposizione in esame decise giustamente la Corte d'appello di Casale essere irrilevante la prova della simulazione del pagamento della dote: se il pagamento fu simulato, e per conseguenza non avvenne, l'ipoteca è egualmente efficace perchè la dote continua ad essere dovuta dal costituente (sentenza del 29 maggio 1866, *Gazz. trib. Genova*, XVIII, I, 621). È poi degna di nota a questo riguardo una sentenza della Corte d'appello di Torino del 3 maggio 1876 (*Giur. ital.*, 1876, I, II, 634) con la quale fu deciso che una ipoteca consentita dal padre della sposa per sicurezza della dote costituita alla figlia, e non pagata nell'atto, è convenzionale non legale; e conseguentemente non può essere fatta valere nel giudizio di graduazione in pregiudizio dei creditori posteriormente iscritti se non per la parte della somma dotale che resulti realmente pagata.

Altra cosa è il grado che prende la ipoteca in forza della iscrizione e dal momento di questa, altra, e ben diversa, la prelazione che ne deriva la quale si produce in atto nel concorso di più creditori con l'esercizio dell'azione ipotecaria; la ipoteca prende grado dal giorno della iscrizione quantunque il pagamento della dote abbia luogo posteriormente; ma perchè dia un resultato utile occorre che, al momento della distribuzione del prezzo dei beni ipotecati, sia sorto, o possa sorgere, un credito contro il marito. Se il credito è sorto, si avrà il resultato ordinario della ipoteca effettiva che è la prelazione; se il credito non è sorto, ma può sorgere, si avrà la collocazione eventuale, la quale non impedisce il pagamento dei creditori posteriori, sempre che diano cauzione di restituire all'occorrenza le somme esatte (art. 2091 Cod. civ.).

123. In omaggio al principio della specialità, l'ipoteca legale della moglie non può aver luogo al momento in cui la dote è costituita se non per quei capitali e per quei beni che fino da quel momento sono compresi nella costituzione della dote per un determinato valore. Ma la costituzione della dote può comprendere non soltanto i beni presenti ma anco i beni futuri della donna (articolo 1389 Cod. civ.); ed in tal caso, non potendo conoscersene anticipatamente il valore, l'ipoteca non può aver luogo al momento in cui la dote è costituita, non essendo dato conoscere la somma per la quale dovrebbe essere iscritta.

Provvede a questo caso speciale l'art. 1969 n. 4 secondo capoverso Cod. civ. disponendo: « Riguardo alle somme dotali provenienti da successione o donazione, l' ipoteca non ha luogo che dal giorno dell'apertura della successione, o da quello in cui la donazione ha avuto il suo effetto, sui beni posseduti dal marito in detto giorno ».

Anco in questi casi il marito sarebbe obbligato ad iscrivere a favore della moglie la ipoteca legale sui proprii beni, e la iscrizione potrebbe essere richiesta dalla stessa moglie senza bisogno di autorizzazione (art. 1982 Cod. civ.); del notaio non è qui il

caso di parlare, perchè la legge obbliga soltanto il notaio che ha ricevuto l'atto di costituzione dotale; trattandosi di un obbligo il cui inadempimento induce penalità, non sarebbe lecito estenderlo al notaio che avesse pubblicato il testamento in forza del quale pervengono alla moglie le somme dotali, nè a quello che avesse ricevuto l'atto di donazione, imperocchè questi pubblici ufficiali non sono tenuti a conoscere che la costituzione della dote, che può essere stata rogata da notaro diverso e in altro luogo, comprendeva i beni futuri.

Obbligo dunque d'iscrivere nel solo marito; facoltà di farlo, nella moglie; l'ipoteca soggiace al principio generale della pubblicità prendendo perciò grado dal momento della sua iscrizione; onde può avvenire che le ragioni dotali siano garantite da due ipoteche aventi grado diverso; una, per le somme originariamente costituite in dote; l'altra, per quelle pervenute successivamente alla donna per successione o per donazione; potrà essere diverso anche il loro oggetto, imperocchè la seconda non colpisce i beni alienati dal marito dopo la iscrizione della prima e può colpire invece quelli in lui pervenuti dopo che fu presa tale iscrizione.

124. L'ipoteca garantisce non tanto i capitali dotali, quanto gl'interessi dei quali fosse dovuto il pagamento dal marito o dai suoi eredi; fu già avvertito che l'art. 2010 Cod. civ. non riguarda soltanto la iscrizione delle ipoteche convenzionali, ma riguarda qualunque iscrizione ipotecaria presa per un capitale producente interessi. Se però si trattasse d'interessi eccedenti il triennio di cui è parola nel citato articolo, dovrebbe essere presa iscrizione particolare la quale non avrebbe effetto che dalla sua data.

Su ciò tutti sono d'accordo (1); noi aggiungiamo soltanto che la enunciazione della misura degl'interessi non sarebbe necessaria, per ottenere collocazione nel grado stesso del capitale, quando si

---

(1) Pochintesta, *op. cit.*, I, 166; Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, I, 137; Ricci, *op. cit.*, X, 168; Borsari, *Commento*, § 4198.

trattasse dei casi contemplati nell' art. 1415 Cod. civ. Invero in questi casi gl'interessi sono dovuti di diritto: agli eredi della moglie, se il matrimonio è sciolto per la di lei morte, alla moglie, se è sciolto invece per la morte del marito; essendo dovuti di diritto, la enunciazione della misura è scritta nella legge stessa, poichè è dovuto l'interesse legale (art. 1831 Cod. civ.).

Per il citato art. 1415 la moglie il cui matrimonio è sciolto per la morte del marito, ha la scelta di esigere durante l'anno del lutto dai di lui eredi gl'interessi o i frutti della sua dote, o di farsi somministrare gli alimenti; ove preferisca questo secondo partito, la relativa obbligazione sarebbe egualmente garantita con la ipoteca legale debitamente iscritta; questi alimenti in vero sono dovuti in luogo degl'interessi della dote e ne costituiscono un equivalente (1).

125. Ma l' art. 1415 Cod. civ. accorda alla vedova di fronte alla eredità del marito un altro diritto; questa eredità è tenuta a fornirle, durante l'anno, l'abitazione e le vesti da lutto, tanto se si accontenti di essere alimentata, quanto se preferisca di esigere gl'interessi della sua dote. Si è domandato se anco questo diritto sia assicurato dalla ipoteca legale.

A noi che abbiamo altrove insegnato che questo diritto compete alla vedova quantunque indotata (2), e che per conseguenza non è un accessorio della dote (3), la risposta negativa sembra la sola rispondente alla severità dei principii. Essa è del resto gene-

---

(1) Confr. su ciò gli scrittori citati alla nota precedente che emettono la stessa opinione.

(2) Nel trattato *Del contratto di matrimonio*, n. 342.

(3) Di questa opinione fu anche l'illustre Paoli il quale nel suo sapiente trattato sulla *Dote* così in proposito ebbe ad esprimere la ragione della legge: « Non essendo da tollerarsi che la moglie, appena rimasta vedova, si trovi costretta, contro il decoro della famiglia a cui appartiene, e nei più gravi momenti del suo dolore, ad esulare, quasi come una straniera, dalla casa maritale ».

ralmente accolta, ed è poi l' unica conciliabile col principio della specialità.

126. Più dubbiosa è l'analoga questione che si agita riguardo allo spillatico propriamente detto (1); essendo questa una prestazione che viene corrisposta dal marito alla moglie per le sue minute spese con parte delle rendite dotali (art. 1399 ult. capov. Cod. civ.), prestazione che ha per ciò con la dote una stretta attinenza, noi abbiamo espresso altrove la opinione che il suo pagamento sia garantito con la ipoteca legale (2).

Si adotta generalmente la opinione contraria senza darne la ragione (3); e noi non sappiamo scorgerne alcuna che valga a persuaderci della erroneità della opinione nostra in proposito.

Dal momento che lo spillatico è corrisposto dal marito alla moglie con parte delle rendite dotali, l'ipoteca legale iscritta sui beni del marito per sicurezza della dote ne garentisce il pagamento. È vero che dovendo lo spillatico essere corrisposto ad anni od a termini periodici più brevi, e non ammettendo la intimità della vita coniugale che se ne esiga volta per volta la quietanza, la moglie non sarebbe ammessa a ripetere, nel giudizio di graduazione del prezzo dei beni escussi in pregiudizio del marito, degli arretrati che si presumono pagati onde evitare frodi e collusioni in danno dei creditori posteriormente iscritti (4); ma se la moglie comparisse nel giudizio di graduazione onde essere collocata per ottenere pagamento del capitale occorrente a produrre pel tempo avvenire la prestazione a lei dovuta, la sua domanda non potrebbe

---

(1) Quanto allo spillatico improprio, che non ha rapporto alcuno con la dote (V. nostro trattato *Del contratto di matrimonio*, n. 158), la questione non è neppure proponibile.

(2) *Contratto di matrimonio*, n. 165.

(3) POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 164, e sulla scorta di lui PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 137.

(4) Cass. Napoli, 17 luglio 1883, *Foro it.*, 1883, I, 19.

non ritenersi fondata e dovrebbe farsi luogo all' applicazione del principio contenuto nell'art. 2090 Cod. civ. (1).

Domina anco qui, come in tutta la materia ipotecaria, il fondamentale principio della specialità; per conseguenza l' ipoteca legale iscritta per sicurezza della dote, in tanto varrebbe a far collocare la moglie con prelazione per il capitale occorrente a produrre lo spillatico, in quanto la relativa iscrizione comprendesse una somma a questo oggetto; ma ciò non vale a distruggere l'affermazione nostra; mentre le obbligazioni del marito che non hanno attinenza con la dote possono essere garantite soltanto con ipoteche convenzionali, la obbligazione di corrispondere lo spillatico proprio, può dar luogo a speciale iscrizione senza bisogno di espresso consenso; è una obbligazione che rientra fra quelle assunte dal marito in ragione della dote, ed è perciò compresa nell'art. 1969 n. 4 Cod. civ.

127. Alla ipoteca legale spettante alla moglie per sicurezza delle sue ragioni dotali si aggiungono spesso, o si sostituiscono, delle ipoteche convenzionali dirette a garantire, per parte del marito, l'osservanza di quelle convenzioni contenute nel contratto di matrimonio che non appartengono alla categoria ben precisata delle convenzioni dotali. Queste ipoteche, che appartengono al dominio della concorde volontà delle parti contraenti e che possono essere anche consentite a matrimonio celebrato (2), purchè non servano a mascherare una donazione (3), non possono qui formare oggetto

---

(1) Catanzaro, 29 ottobre 1879, *Foro calabr.*, 1880, I, 164; Napoli, 27 marzo 1878, *Filangieri*, 1878, 214.

(2) Trib. Salerno, 11 ottobre 1887, *Gazz. proc.*, XXII, 139; Trib. Napoli, 20 aprile 1881, *Gazz. proc.*, XVI, 198.

(3) Il principio che durante il matrimonio non possono cangiarsi le convenzioni matrimoniali (art. 1384 Cod. civ.) non impedisce che possano durante il matrimonio concedersi alla moglie nuove e maggiori garanzie per sicurezza della dote o delle altre obbligazioni contratte in precedenza; anzi è ammesso dalla legge che possano ordinarsi opportune cautele quando la dote venga per

di speciale studio. Osserviamo soltanto che la stessa ipoteca può in parte avere origine dalla legge, in parte dalla convenzione: la donna che costituendosi una dote stipulasse nello stesso contratto degli speciali patti di trattamento, ed esigesse che con una ipoteca convenzionale il marito ne assicurasse la osservanza, potrebbe iscrivere a suo favore, insieme a questa ipoteca, anco la ipoteca legale per sicurezza della dote; anzi il marito, per aver consentito la ipoteca convenzionale, non sarebbe dispensato dall'obbligo d'iscrivere nel termine fissato quella che ha luogo in virtù di legge; omettendone la iscrizione incorrerebbe nelle comminate penalità. Lo stesso è a dirsi del notaio che stipulasse l'atto relativo. L'essere stata consentita una ipoteca convenzionale non lo esonera dall'obbligo d'iscrivere l'ipoteca legale, salvo il caso che vi sia rinunzia espressa o che la ipoteca convenzionale ne tenga luogo.

128. Se nel contratto di costituzione della dote è pattuito un lucro dotale a favore del coniuge sopravvivente (art. 1938 Cod. civ.) la ipoteca legale concessa alla moglie dall' art. 1969 n. 4 Cod. civ. sta a garantirne il conseguimento quando per la premorienza del marito il lucro le sia dovuto. Verificandosi il caso inverso di premorienza della moglie, il marito è garantito dall'esistenza della dote, sulla quale potrà ritenere quella parte che gli è devoluta a titolo di lucro dotale in virtù delle convenzioni matrimoniali; ma la moglie non avrebbe in mancanza della ipoteca legale alcuna garanzia, perchè la dote le appartiene e deve esserle restituita in caso di sopravvivenza; essa non può esigere il lucro dotale che sui beni del marito, ed è perciò che il legislatore le garantisce l'esercizio di questo diritto con la ipoteca legale.

Anco qui è da applicarsi il principio della specialità; se il

---

sopravvenuta trasformazione nel patrimonio del marito ad essere in pericolo (art. 1400 capov. Cod. civ.). Quello che la legge vieta assolutamente sono le donazioni fra coniugi (art. 1054 Cod. civ.); e la ipoteca costituita dal marito a favore della moglie può essere impugnata da qualsiasi interessato quando stia a garantire una obbligazione che nasconde una liberalità.

contratto di matrimonio contiene il patto relativo al lucro dotale, è obbligo del marito e del notaio di estendere la iscrizione alla somma corrispondente all' ammontare del medesimo; una volta iscritta, la ipoteca è eventuale, perchè il credito si verifica a favore della moglie nel solo caso della sua sopravvivenza al marito.

È poi quasi superfluo avvertire che la ipoteca non può garantire più di quello che la moglie si è riservata nelle convenzioni matrimoniali; se pertanto il lucro le è stato accordato pel semplice usufrutto, la ipoteca starebbe semplicemente a garantire l'esercizio di questo diritto; se al contrario essa avesse diritto alla proprietà, sia di un capitale o di una cosa particolare, sia di una parte aliquota dei beni del marito, la ipoteca starebbe egualmente a garantirne il conseguimento.

129. Con il lucro dotale non è da confondere la così detta contro-dote che il marito costituisce alla moglie in occasione del matrimonio. La contro-dote alla quale il Codice civile generale austriaco (§ 1230) attribuisce giustamente la qualifica che il legislatore italiano attribuisce al lucro dotale riservato alla moglie (1), e che per conseguenza non è per quel Codice dovuta se non allo scioglimento del matrimonio e nel caso di premorienza del marito (2), non è pel Codice nostro assoggettata a regole particolari; è per conseguenza una convenzione matrimoniale che può qualificarsi come donazione obnuziale, avente lo speciale oggetto di aumentare la vera dote arrecata dalla moglie (*aumento dotale*) (3).

---

(1) Lucro dotale propriamente detto è quello dovuto al marito il quale in caso di premorienza della moglie lucra appunto *sulla dote* quella parte che gli è stata riservata nelle convenzioni matrimoniali. Il lucro corrispondente, attribuito alla moglie in caso di premorienza del marito, è impropriamente detto lucro dotale perchè la moglie lo consegue *in più della dote* che deve esserle restituita.

(2) V. su ciò il nostro trattato *Del contratto di matrimonio*, 176.

(3) *Op. cit.* alla nota preced., 185.

Non di meno noi riteniamo che la costituzione di una contro-dote dia sempre diritto alla moglie d'iscrivere l'ipoteca legale.

Infatti, o vi è immediato trasferimento di proprietà del marito alla moglie, e per conseguenza i beni donati entrano a far parte della dote fino dal momento della sua costituzione, e in tal caso il marito ne assume l'amministrazione e ne conserva il godimento con titolo dotale; la estensione della ipoteca legale all'oggetto di garantirne la restituzione, se si tratta di capitali stimati, la buona amministrazione e la conservazione, se si tratta di beni immobili, non può in alcun modo essere revocata in dubbio: o manca invece l'immediato trasferimento di proprietà, e la contro-dote è dovuta alla moglie in caso di sopravvivenza, e in tal caso viene a identificarsi col lucro dotale espressamente contemplato nella disposizione dell'art. 1969 n. 4 Cod. civ.

Il contrario dovrebbe decidersi quando la così detta controdote, per espressa volontà delle parti, o per mancanza di costituzione dotale, entrasse immediatamente nel patrimonio della moglie, ma serbasse il carattere di sostanza parafernale; in tal caso l'iscrizione della ipoteca legale sarebbe esclusa dalla lettera e dallo spirito della citata disposizione (1).

130. La ipoteca legale della moglie che sia stata regolarmente iscritta sui beni del marito spiega eccezionalmente il suo effetto

---

(1) Il Pochintesta (*op. cit.*, I, 164), recisamente esclude che la ipoteca legale possa estendersi alla contro-dote, osservando che la *contro-dote* si diversifica dal *lucro dotale* in quanto è perfetta immediatamente e non è soggetta alla condizione della premorienza del marito. Ma in ciò sta appunto la ragione della soluzione opposta, perchè essendo perfetta immediatamente la relativa convenzione, i beni donati dal futuro sposo alla futura sposa a titolo di controdote vengono a far parte della dote e ne seguono le vicende; se poi la convenzione deve avere effetto alla morte del marito a favore della moglie sopravvivente, in tal caso si ha il lucro dotale pure contemplato nell' art. 1969 n. 4 Cod. civ. come rapporto giuridico che dà luogo all'iscrizione della ipoteca legale. La sola ipotesi nella quale non possa parlarsi di siffatta garanzia è quella ultimamente da noi considerata nel testo.

durante il matrimonio in due distinte eventualità. La prima si verifica quando sia pronunziata la separazione giudiziale della dote del patrimonio del marito per uno qualunque dei motivi previsti dalla legge (art. 1418 Cod. civ.); la moglie, che ha diritto alla restituzione della dote di specie, e al prelevamento dal patrimonio del marito di un valore equivalente alla dote di quantità, può esercitare l'azione ipotecaria pel conseguimento di quanto le è dovuto. La seconda si verifica quando, senza che sia stata domandata la separazione della dote, si faccia luogo al giudizio di graduazione per la distribuzione del prezzo dei beni del marito subastati sulle istanze di altri creditori. Con l'apertura del giudizio di graduazione i crediti con mora divengono esigibili (art. 2090 Cod. civ.); per conseguenza la ipoteca legale della moglie dà diritto a domandare tutte le collocazioni certe od eventuali che possono essere dovute per assicurare la restituzione della dote e la conservazione delle ragioni dotali. Anzi, non essendovi separazione giudiziale, lo stesso marito sarebbe ammesso, nella sua qualità di amministratore di quelle ragioni, a domandare la collocazione contro sè medesimo, e contro la massa dei suoi creditori, nel comune interesse suo e della moglie.

Tutto questo ha luogo eccezionalmente; di regola l'ipoteca legale spiega il suo effetto allo scioglimento del matrimonio, essendo soltanto a quell'epoca che si fa luogo alla restituzione della dote ed eventualmente al pagamento del lucro dotale che fosse stato pattuito; per questo il legislatore vuole che l'ipoteca conservi il suo effetto durante il matrimonio senza bisogno di rinnovazione, giustamente considerando che la intimità della unione coniugale, la inesperienza della donna e l'assoluta padronanza che d'ordinario esercita il marito sopra i di lei affari, sarebbero bene spesso causa di danni irreparabili se questa ipoteca fosse assoggettata alla regola ordinaria della rinnovazione a termine fisso; e poichè la restituzione della dote di quantità non può domandarsi che un anno dopo lo scioglimento del matrimonio (art. 1410 Cod. civ.),

poichè la dote di specie, che deve essere restituita senza dilazione (art. 1409 Cod. civ.), può restare nel possesso degli eredi del marito se la moglie preferisce di esigere durante l'anno del lutto gli alimenti nella casa maritale (art. 1415 Cod. civ.), il legislatore non si limita a disporre che la ipoteca conserva il suo effetto senza la rinnovazione durante il matrimonio, ma aggiunge che lo conserva pure per un anno successivo allo scioglimento del medesimo (articolo 2004 Cod. civ.).

Se le vertenze alle quali può dar luogo la restituzione della dote di quantità, o la liquidazione dei danni arrecati per alienazioni indebite o per trascurata amministrazione alla dote di specie, non sono terminate entro l'anno dallo scioglimento del matrimonio, l'ipoteca legale non può conservare il suo grado primitivo se non a condizione di essere rinnovata nei modi ordinari, come qualsiasi altra ipoteca, entro lo stesso termine. Rinnovata dopo la scadenza del termine, non sarebbe priva di effetto, ma prenderebbe grado soltanto dal giorno della rinnovazione come sarà dimostrato a suo tempo (1).

131. È finalmente da osservare che la ipoteca può iscriversi quantunque il matrimonio sia sciolto, al momento in cui viene iscritta, per la morte della moglie (2); sebbene sia data alla moglie, giova ancora ai suoi eredi; sarebbe perciò assurdo negare ai medesimi il diritto di eseguire l'iscrizione che per trascuratezza o per mancanza di tempo non fosse stata eseguita prima che la morte della moglie fosse sopravvenuta.

Se poi, sciolto il matrimonio, la dote costituita in capitali o in beni non stimati torna alla libera disponibilità della moglie senza deterioramenti imputabili al marito, la ipoteca legale non ha più ragione di sussistere (3) e può domandarsene la cancellazione.

(1) Confr. su ciò Casale, 19 luglio 1886, *Giurispr. casal.*, VI, 331; Roma, 5 febbraio 1885, *Temi rom.*, V, 176.

(2) Casale, 16 marzo 1868, *Giurispr. tor.*, V, 310.

(3) Cass. Napoli, 13 dicembre, 1888, *Gazz. proc.*, XXII, 585.

Lo stesso è a dirsi del caso in cui sia stata integralmente restituita la dote di quantità.

§ 5.

Ipoteca legale dello Stato.

SOMMARIO

132. Disposizione della legge. Suoi motivi — 133. Chi può richiedere la iscrizione — 134. Osservazioni sulle iscrizioni prese a nome dello Stato dalla parte civile e dalla difesa. Casi di concorso — 135. Stato e parte civile; contributo — 136. Iscrizione precedente alla condanna; mandato di cattura — 137. Flagranza di reato; convalidazione dell'arresto — 138. Crediti dello Stato. Specialità. Iscrizione d'ipoteche successive — 139. Come debba intendersi la regola che l'ipoteca giova alle parti civili — 140. Continuazione — 141. Crediti della parte civile — 142. Diritto prevalente della difesa. Onorari degli avvocati — 143. Iscrizioni speciali a tale oggetto — 144. Somme mutuate per provvedere alla difesa — 145. Estinzione dell'ipoteca. Assoluzione dell'imputato, annullamento della sentenza di condanna — 146. Caso speciale.

132. Gode finalmente della facoltà d' iscrivere ipoteca legale lo Stato sopra i beni dei condannati per la riscossione delle spese di giustizia in materia criminale, correzionale e di polizia, compresi in esse i diritti dovuti ai funzionari ed agli uffiziali giudiziari. Questa ipoteca, che può essere iscritta anche prima della sentenza di condanna in seguito al mandato di cattura, giova anche alla difesa e alle parti civili; alla prima per le spese incontrate, alla seconda pel risarcimento dei danni aggiudicati con la sentenza di condanna; alle spese di giustizia e al risarcimento dei danni sono preferite quelle della difesa (art. 1969 n. 5 Cod. civ.).

Osservammo già che questa ipoteca fu introdotta nel Codice dalla Commissione senatoria per considerazioni, che importa conoscere: « La Commissione, movendo da gravi considerazioni, pensò non doversi lasciare senza garanzie ipotecarie il diritto del fisco per la riscossione delle spese di giustizia in materia penale. Vero

egli è, che codesta parte di privilegi del fisco non entrava nel Codice francese, che in quanto alla sola consacrazione del privilegio garantito al fisco, rinviando a leggi speciali l'organamento di esso (art. 2098 Cod. franc.); ma da poi che, nel novello sistema del progetto la serie dei privilegi fu limitata, togliendo di mezzo l'obbligo dalla iscrizione, ci è paruto che di fronte allo spostamento del sistema in fatto di privilegio fosse dicevole, anzi indispensabile, di riprodurre il privilegio del fisco per lo recupero delle spese di giustizia sotto la forma d'ipoteca legale, che segna la trasformazione di taluni privilegi accolti dall'antico sistema in condizioni d'ipoteche legali. Stimammo miglior partito compiere il sistema anche nelle relazioni ai diritti del fisco, anzi che farne dipendere l'ordinamento futuro da leggi speciali, che sempre chiudono in sè le deviazioni dai principii del diritto comune. Ordinando pertanto cotesta ipoteca legale, si è provveduto a tre obbietti: si è in primo luogo segnato il termine della iscrizione della ipoteca; si è secondariamente ammessa l'ipoteca in prò della parte civile pel rifacimento dei danni ed interessi aggiudicati con la sentenza di condanna. E qui la Commissione dilungavasi dai principii della legislazione francese, che rifiutava alla parte civile il privilegio, ma si è considerato che sarebbe supremamente ingiusto il negare il benefizio della ipoteca legale alla parte civile, sia per lo recupero delle spese di giustizia che fosse tenuta ad anticipare al tesoro, sia pel rifacimento dei danni ed interessi aggiudicati per sentenza. In terzo luogo si è sancito che le spese di difesa acquistano prelazione sulle spese di giustizia; fu un omaggio renduto al sacro diritto della difesa » (1).

Abbiamo reputato non inutile riferire integralmente i motivi della disposizione della quale stiamo per intraprendere lo studio, perchè possono servirci per intenderne esattamente il significato.

Osserviamo intanto non essere assolutamente ammissibile lo insegnamento di un moderno scrittore per il quale dall'art. 1969

(1) *Relazione della Commissione senatoria*, n. 286.

n. 5 Cod. civ. deriverebbero tre distinte ipoteche legali a favore dello Stato, della parte civile, della difesa (1). L'ipoteca di cui si tratta è dalla legge accordata esclusivamente allo Stato; una volta iscritta giova alla difesa e alla parte civile; ma non può essere separatamente iscritta a nome di queste.

In virtù della sentenza di condanna la parte civile può iscrivere, come vedremo fra breve, la ipoteca giudiziale, la quale presenta per lei il vantaggio di potere essere estesa ai beni pervenuti in proprietà del condannato dopo emanata la sentenza, mentre la ipoteca legale deve essere ristretta a quelli a lui spettanti al momento in cui la sentenza è pronunciata. Da questo punto di vista, e per ciò che concerne la parte civile, la ipoteca legale si risolve in una inutile superfetazione; se si prescinde dal caso affatto eccezionale che sia stata iscritta in seguito al mandato di cattura, nel qual caso la parte civile può risentirne vantaggio per l'anteriorità del grado, l'istituto della ipoteca giudiziale attribuisce alla parte civile il mezzo di garantirsi pienamente, ed essa non ha per conseguenza il bisogno di valersi della ipoteca legale.

L'àver poi esteso il benefizio che può derivare da questa ipoteca «*al sacro diritto della difesa*», può in qualche caso essere utile, ma è in ogni modo conseguenza piuttosto di un sentimentalismo esagerato che di un reale bisogno; siffatta ipoteca giova alla difesa precisamente nel caso in cui questa è resultata insufficiente ad ottenere l'assoluzione dell'imputato; quando la difesa è stata

---

(1) Melucci, *op. cit.*, lez. V, n. 3: «Finalmente godono di una ipoteca legale: «*a*) lo *Stato*, sopra i beni dei condannati per la riscossione delle spese di giustizia in materia penale compresi ecc.; *b*) la *parte civile* sopra gli stessi beni, pel risarcimento dei danni aggiudicati nella sentenza di condanna; *c*) la *difesa*, sempre sugli stessi beni pel compenso ed onorario dovuti al procuratore del giudicabile». Poco più oltre lo stesso scrittore si corregge dicendo che la ipoteca è una sola, estendente i suoi resultati allo Stato, alla parte civile e alla difesa; ma l'avere enunciato i tre enti nel modo riportato più sopra è cosa contraria alla lettera e allo spirito della legge.

realmente utile, non vi è condanna, e non vi è per conseguenza diritto ad iscrivere la ipoteca legale, nè diritto a conservare l'anteriorità del grado che fosse stato acquistato con la iscrizione anticipata (1).

Per queste considerazioni, e per altre moltissime che verremo esponendo nell'analisi che dobbiamo fare della disposizione in esame, siamo condotti a ritenere che la disposizione stessa sia per più lati difettosa. L'essere stata introdotta nel Codice all'ultim'ora, senza che la sua introduzione fosse accompagnata da un adeguato coordinamento, ha fatto sì che la disposizione stessa dia luogo a dubbi dei quali si hanno traccie manifeste nella giurisprudenza.

Cercheremo di chiarirli, per quanto ci sarà possibile, valendoci dello scarso materiale fin qui fornito dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

133. Ed anzitutto a cura di chi debba essere iscritta questa ipoteca, la legge non dice: tutte le altre ipoteche legali, meno quella del condividente, e questa di cui ci stiamo occupando, hanno una speciale disposizione di legge che serve a completare quella generica dell'art. 1969 Cod. civ. dichiarando a chi incombe l'obbligo d'iscriverle. La mancanza, in questo caso, di consimile disposizione, dà inevitabilmente luogo a una serie di dubbi che sarebbe stato facile ed opportuno eliminare.

Scopo principale della disposizione essendo il facilitare allo Stato la riscossione delle spese di giustizia in materia penale, è indubitato che i funzionari incaricati di questa riscossione hanno facoltà di prendere l'iscrizione; ma altra cosa è la facoltà di prendere l'iscrizione, altra cosa l'obbligo di farlo. Soltanto la violazione di un obbligo induce la responsabilità e può dar luogo all'applicazione di pene e al risarcimento dei danni, come si scorge negli art. 1984, 1985 Cod. civ. Il non aver fatto uso di una fa-

(1) POCHINTESTA, *op. cit.*, I.

coltà, non può produrre siffatte conseguenze, e toglie efficacia alla protezione avuta di mira dal legislatore.

La iscrizione può dunque essere richiesta, a nome dello Stato, dal cancelliere dell' autorità giudiziaria che ha rilasciato il mandato di cattura o preferito la sentenza di condanna, e la sua azione può essere eccitata dal procuratore del re, custode della legge e tenuto per la natura del suo ufficio a curarne la rigorosa applicazione (1).

Anco le parti civili e la difesa, che godono della prelazione derivante da questa ipoteca, potrebbero, a parer nostro, richiedere la iscrizione (2), non però a nome proprio, ma a nome dello Stato; vedremo a suo tempo come per la iscrizione di qualsiasi ipoteca, anche giudiziale o convenzionale, atto meramente conservativo, non occorra un mandato espresso, e nel caso le parti civili e la difesa hanno, nel richiedere l' iscrizione a favore dello Stato, più che un mandato tacito, un diretto interesse personale.

Però il conservatore delle ipoteche, il quale di fronte al funzionario pubblico richiedente la iscrizione non ha ragione di diffidenza, e non ha per conseguenza il diritto di domandare la esibizione del mandato di cattura o del giudicato in forza dei quali l' iscrizione è domandata, sarebbe in diritto di esigere tale esibizione dalla difesa e dalla parte civile, perchè al privato non è dovuta quella fede che al pubblico funzionario non può essere negata in conseguenza del suo ministero (3).

---

(1) Legge sull'ordinamento giudiziario art. 39; Ricci, *Corso teor. prat. di Dir. civ.*, X, 174.

(2) Melucci, *op.* e *loc. cit.*; Pochintesta, *op. cit.*, I, 177; Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, I, 139. Lo nega il Ricci (*op. cit.*, X, 171) ma quando si afferma che possono iscriverla «*per proprio conto*»; su di ciò siamo anche noi d'accordo con questo scrittore nel propugnare la negativa.

(3) Il Trib. di Modena in una sentenza del 10 settembre 1890 (*Riv. giurid. Bol.*, 1891, 14) ha ritenuto che per iscrivere la ipoteca legale dello Stato non sia necessaria la esibizione del mandato di cattura; e su ciò, purchè la iscri-

134. Dal fatto che la parte civile e la difesa possono richiedere direttamente la iscrizione di questa ipoteca, non già in nome proprio, ma bensì in nome dello Stato che ne è il titolare, deriva la conseguenza che sui beni di uno stesso imputato o condannato possono, per lo speciale titolo dell'art. 1969 n. 5 Cod. civ., essere prese diverse successive iscrizioni. Il fatto che una iscrizione è stata presa dal cancelliere dell' autorità giudiziaria che ha proferito la sentenza di condanna, o presso la quale pende il processo che ha dato luogo al mandato di cattura, non impedisce che la parte civile e la difesa richiedano una nuova iscrizione, sia perchè ritengano insufficiente la somma precedentemente iscritta, sia perchè abbiano conoscenza di altri beni del debitore sui quali non sia stata estesa la primitiva iscrizione.

In tali casi si applica la regola generale dell' art. 2007, in virtù del quale ogni ipoteca produce effetto e prende grado dal momento della sua iscrizione, senza pregiudizio delle ipoteche intermedie che fossero state validamente iscritte a favore di altri creditori.

Per ciò che concerne i rapporti delle tre categorie di creditori cui profitta l' ipoteca in discorso, è poi da osservare che lo Stato e la parte civile concorrono fra loro in proporzione dell'ammontare dei crediti respettivi, mentre le spese della difesa sono preferite alle spese di giustizia dovute allo Stato e al risarcimento di danni pel quale ha diritto di essere utilmente collocata la parte civile. Dato pure che più ipoteche successive fossero state iscritte a richiesta dei vari interessati, non verrebbe meno siffatta conseguenza che discende dalla letterale e insieme dalla logica interpretazione del testo di legge, che stiamo esaminando. Se quindi

zione sia richiesta dal funzionario pubblico, siamo pienamente d'accordo. Non possiamo egualmente approvare l'altro principio stabilito nella citata sentenza, che non sia neppur necessaria l'indicazione del mandato di cattura nelle note. I terzi hanno diritto di conoscere in forza di qual titolo si è proceduto alla iscrizione (art. 1987 n. 3 Cod. civile).

dal complesso di utili collocazioni che può derivare dalle ipoteche legali iscritte sui beni del condannato, non può ricavarsi la somma occorrente per il pagamento integrale di tutto ciò che in virtù della condanna è dovuto allo Stato, alla parte civile, alla difesa, quest'ultima ha diritto di conseguire integrale pagamento, mentre lo Stato e la parte civile concorrono per contributo sul rimanente, in proporzione dell'ammontare dei crediti rispettivi.

Anco se la difesa avesse richiesto la iscrizione di una speciale ipoteca, posteriore di grado, ma più estesa per la quantità dei beni colpiti o per l'ammontare della somma iscritta, di quella presa precedentemente dallo Stato o dalla parte civile, la preferenza della difesa stessa, e la sua conseguente collocazione col grado della ipoteca precedentemente iscritta, non potrebbe seriamente essere contestata; lo Stato e la parte civile conseguirebbero col grado della iscrizione posteriore presa sulle istanze della difesa quella parte del loro credito che verrebbe loro a mancare per la collocazione prevalente della difesa nel grado della ipoteca precedente.

135. Una sentenza della Corte d'appello di Genova ebbe occasione di applicare rettamente i suesposti principii per ciò che concerne il concorso dello Stato e della parte civile (1).

L'amministrazione delle finanze pretendeva in confronto delle parti civili un diritto di prelazione che la Corte ritenne non spettarle. « Diversi i due crediti nel loro titolo fondamentale, disse la Corte, si vennero in certo qual modo ad unificare, pur serbando integra ed autonoma la individualità loro, per la unicità della ipoteca fattane iscrivere nell'interesse delle finanze e in quello della parte civile alla data delli 31 luglio 1888 dal procuratore del re; e non è nuovo, nè raro, che un titolo creditorio diverso nella sua origine e per la sua causale, si pareggi e si unifichi nelle garanzie introdotte dalla legge a presidiarlo, e poi

---

(1) Sentenza 8 febbraio 1895, *Annali di giurispr. it.*, XXIX, III, 86.

si scinda ancora, e passi divisamente in più persone, ciascuna delle quali rappresenti un credito a sè, comechè assistito da una ipoteca sola ed egualmente giovevole all'altro credito. Avviene in questo caso, che il debitore espropriato col prezzo dei suoi beni divisamente soddisfi, in tutto od in parte, tutti i suoi creditori ai quali in conseguenza della ipoteca unica è dovuta la stessa protezione, lo stesso grado e lo stesso rango, appunto perchè una sola fu la ipoteca che ne garantiva loro il pieno, od il parziale soddisfacimento. — È pertanto dimostrato che la unicità del titolo ipotecario, stabilita dalla unicità della sua iscrizione, e la sua unicità del grado, escludono le pretese di prelazione che le finanze dello Stato e gli azionisti si obbiettano; in quanto che la distribuzione del prezzo, comune alle parti creditrici, debba eseguirsi *auctore judice* non per imputazione, ma per contributo, come lo esige la condizione pareggiata dalla equipollente garanzia ipotecaria sui beni posti in subasta, delle ragioni creditorie delle due parti contendenti. Val quanto dire, che subentrano nel caso le regole del concorso dei creditori aventi pari ipoteca, a tramite del combinato disposto degli articoli 1948, 1954, 2009 e 2092 Cod. civ. ».

136. Guardando la ipoteca di cui si tratta nella sua intima natura e nei suoi effetti, agevolmente si scorge che essa può produrre un effetto utile appunto nel caso in cui l'averla ammessa è stato per parte del legislatore nostro un grave errore; essa giova infatti, ove sia iscritta, al seguito del mandato di cattura per la priorità del grado che può derivarne, essendo facile a verificarsi il caso che durante le more del giudizio penale i creditori dell'imputato provvedano a tutelare il loro interesse mediante la iscrizione d'ipoteche giudiziali. Quando vi è condanna lo Stato e le parti civili possono provvedere alla loro volta mediante ipoteca giudiziale, la quale ha il vantaggio di potere essere estesa ai beni che il condannato acquista posteriormente, mentre l'ipoteca

legale è, per comune consenso, limitata a quelli che spettano al condannato al momento in cui la sentenza è proferita (1).

Dicemmo essere stato un grave errore l'avere ammesso che l'ipoteca possa iscriversi prima della condanna in seguito al mandato di cattura, perchè con ciò il legislatore viene a presumere la reità di chi, essendo semplicemente imputato, può anche giustificare la propria innocenza. Ben si comprende del resto che in questo caso si tratta di un mero provvedimento conservativo, destinato a perdere ogni efficacia se il mandato di cattura, al seguito del quale la ipoteca è stata iscritta, non è poi susseguito dalla condanna del debitore. Ma ciò non toglie che la eccezionalità del provvedimento legislativo, e la scarsa preparazione con cui fu introdotto nel codice, rendano la materia irta di spinose difficoltà.

Di una che ci si presenta alla mente, dallo speciale punto di vista dell'assoluzione dell'imputato contro del quale era stata iscritta l'ipoteca in virtù del mandato di cattura, vogliamo subito far cenno. Assoluto l'imputato, un credito dello Stato per le spese di giustizia, un credito della parte civile per il risarcimento dei danni non sono assolutamente concepibili; che l'assoluzione porti

(1) Il prof. ERIO SALA, nelle sue osservazioni sull'art. 1969 n. 5 Cod. civ. (*Monit. trib. Mil.*, 1875, 209) aveva espresso l'opinione che la ipoteca in esame si estendesse ai beni futuri; ma questa opinione alla quale si accosta il BORSARI (*Commento*, § 4199) è stata giustamente censurata da altri scrittori fra i quali ricordiamo il POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 174; il PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 141 ed il MELUCCI, *op. cit.*, lez. V, 4. È canone fondamentale del nostro diritto ipotecario che la ipoteca non si estende ai beni futuri; lo dichiara espressamente per la ipoteca convenzionale l'art. 1977 Cod. civ.; lo dichiarano egualmente, per tutte le ipoteche legali, meno quella di cui si tratta, i primi quattro numeri dell'articolo 1969; la espressione « *beni dei condannati* » dell'art. 1969 n. 5 non può essere intesa diversamente. La sola eccezione al principio suenunciato è contenuta per la ipoteca giudiziale nell'art. 1986 Cod. civ. Ma non vi è bisogno di lunga dimostrazione per riconoscere che questa disposizione, appunto perchè costituente eccezione a una regola generale, non può estendersi oltre il caso in essa espresso.

come necessaria conseguenza la estinzione dell'ipoteca, è fuori di dubbio, verificandosi le ipotesi previste dai n. 1 e 6 dell'art. 2029 Cod. civ. cioè, la estinzione dell'obbligazione, o, per dir meglio, l'obbligazione non potendo nascere se non dalla sentenza di condanna, la condizione risolutiva che è insita per la necessità delle cose nella iscrizione presa preventivamente. Ma ciò che sussiste in questo caso, ciò che ha ragione di essere tutelato per l'effetto utile che ha prodotto, è il credito della difesa. Potrà dirsi che la difesa sia ammessa a esercitare l' azione ipotecaria e a domandare collocazione sul prezzo dei beni dell' imputato assoluto ? A noi sembra evidente che no, per la ragione che la difesa non gode di una ipoteca sua propria; le giova, per usare la espressione usata dal legislatore, la ipoteca dello Stato; ma quando per l'assoluzione dell' imputato, questa ipoteca vien meno, non può concepirsi un separato effetto utile di essa in favore della difesa senza disconoscere il principio in virtù del quale la materia delle ipoteche legali, come materia eccezionale, non è suscettiva di interpretazione estensiva.

137. Dimenticando questo principio affatto elementare, taluno cercò di far prevalere la opinione che in mancanza del mandato di cattura, la ipoteca possa iscriversi in virtù della citazione diretta quando l'indole del reato consente questo modo accelerato di procedimento e in virtù del mandato di comparizione nei casi ordinari; ma tale opinione non è da ammettersi, perchè la legge non può ricevere, come si è detto, interpretazione estensiva e le sorti di un imputato, che può essere citato a comparire all'udienza penale o dinanzi al magistrato inquirente per cosa di lieve momento, e talvolta in virtù di un equivoco, non può essere parificata a quella di chi per la importanza del reato addebitatogli e per la gravità degl'indizi resultanti a suo carico è stato colpito da una misura così grave qual'è il mandato di cattura.

Ammettiamo invece che in virtù del mandato di cattura possa essere iscritta l'ipoteca legale tanto nel caso in cui l'autorità giu-

diziaria per il titolo del reato ha proceduto fino dall'inizio a rilasciare un così grave provvedimento, quanto nell'altro in cui sia convertito in mandato di cattura il mandato di comparizione ai sensi dell'art. 183 Cod. proc. pen.

Ammettiamo pure che l'ipoteca legale possa preventivamente iscriversi contro l'imputato arrestato in flagranza di reato, quando l'arresto è convalidato dalla Camera di consiglio ai sensi dell'articolo 199 del citato codice (1). L'ordinanza che convalida l'arresto tien luogo di mandato di cattura e sarebbe assurdo non accordarle lo stesso effetto che al medesimo è attribuito dall'articolo 1969 n. 5 Cod. civ. Non è di ostacolo il surricordato principio in virtù del quale le disposizioni concernenti le ipoteche legali non sono suscettive di estensione da caso a caso; siamo di fronte a due casi identici, uno dei quali è espresso nella legge e l'altro no; virtualmente vi sono compresi ambedue, data la identità loro. La estensione da caso a caso si fa dunque per ragione di identità, non per applicazione del pericoloso e fallace criterio di analogia.

Questa necessaria estensione della facoltà di iscrivere dal caso contemplato al caso identico non contemplato espressamente dal testo di legge in esame, conferma la osservazione nostra intorno alla poca ponderazione con la quale il legislatore, contradicendo al principio adottato di restringere le ipoteche legali al minor numero possibile di casi, introdusse nel codice quella di cui si tratta: estenderla ai beni di ogni imputato, ancorchè colpito da semplice mandato di comparizione, sarebbe stato eccessivo; limitarla ai beni dell'imputato colpito da mandato di cattura è insufficiente, in quanto rende necessario di estendere la disposizione al caso non contemplato, ma identico, dell'arresto in flagranza.

Ciò prova una volta di più che la facoltà di iscrivere si sarebbe dovuta dare soltanto nel caso di condanna già proferita; ma è ovvio avvertire, che in tal caso la ipoteca legale sarebbe stata

(1) Messina, 24 febbraio 1887, *Giurispr. it.*, 1887, II, 288; Borsari, *op.* e *loc. cit.*; Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, I, 142; Melucci, *op.* e *loc. cit.*

superflua, perchè allo scopo al quale tende provvede largamente, finchè non venga abolita, la ipoteca giudiziale.

138. Per ciò che attiene ai crediti dello Stato garantiti dalla ipoteca dell'art. 1969 n. 5 Cod. civ. poco è da dire. Lo Stato ha facoltà di iscriverla per assicurare la riscossione delle spese di giustizia in materia criminale, correzionale e di polizia, dovendosi intendere compresi in dette spese i diritti dovuti ai funzionari e agli uffiziali giudiziari.

Tutto ciò che a condanna proferita ed a procedimento ultimato resulta registrato a debito del condannato sui campioni delle cancellerie delle diverse autorità giudiziarie che hanno interloquito nella procedura, dà luogo all'esercizio dell'azione ipotecaria e al diritto di preferenza spettante alla ipoteca in ragione del tempo in cui fu iscritta.

In vero la legge non distingue: sono per ciò garantite tanto le spese di prima cognizione e quelle del giudizio di appello, quanto quelle del giudizio straordinario di cassazione; se poi, al seguito di questo giudizio, occorresse un nuovo giudizio di appello in sede di rinvio, anco le spese di questo giudizio sarebbero assicurate dalla ipoteca precedentemente iscritta e potrebbe esserne iscritta una nuova, che prenderebbe grado dal giorno della sua iscrizione quando la ipoteca precedente non resultasse abbastanza estesa, quanto ai beni o quanto alla somma, per far conseguire allo Stato la totalità della riscossione dovutagli.

Il principio della specialità si applica anco in questa materia in tutte le sue conseguenze; se pertanto la ipoteca è iscritta sopra un solo fondo, la prelazione spetta allo Stato soltanto sul prezzo di questo, sebbene il condannato altri ne possieda; se è iscritta per mille, la collocazione ipotecaria non può oltrepassare questo limite, sebbene il credito dello Stato resulti in definitivo di somma maggiore; ed è pure da applicarsi in tutto il suo rigore il principio della pubblicità, in virtù del quale, essendo iscritte diverse ipoteche successive per assicurare la riscossione delle spese occorrenti

nei successivi giudizi, ogni ipoteca prende grado e produce effetto dal giorno della sua iscrizione.

Tutto ciò è da ammettersi anco nel supposto che le diverse ipoteche siano state iscritte a cura dei diversi interessati, cioè dello Stato, della parte civile, della difesa: la opinione che alla ipoteca iscritta a cura della difesa non sia applicabile il principio generale della graduazione ipotecaria (1) non è assolutamente da accogliersi; sia pure iscritta a cura della difesa, la ipoteca è sempre iscritta a favore dello Stato; egli solo ne è il titolare ed il fatto che giova alle parti civili, che ai diritti dello Stato e ai crediti della parte civile per risarcimento di danni sono preferite le spese della difesa, non può alterare il normale funzionamento della ipoteca come causa di prelazione del credito. Soltanto potrà avvenire che nel giudizio di graduazione la difesa venga collocata nel grado derivante dalla ipoteca anteriore iscritta a cura dello Stato o della

---

(1) Il seguente brano del PACIFICI-MAZZONI (*op. cit.*, I, 142 in fine) è basato sopra il manifesto errore di considerare la ipoteca iscritta a cura della difesa come garanzia presa *per suo conto* e per ciò prevalente: « Ma ove ciascuno dei tre abbia preso ipoteca per suo proprio conto in diverse date, si dovranno applicare le norme comuni della graduazione, oppure mantenere questo stesso ordine di preferenza? Ci sembra che debbasi mantenere questo stesso ordine di preferenza; perocchè la legge l'ha stabilito in ragion di causa, derogando di tal guisa al principio generale della graduazione ipotecaria, *qui prior in tempore potior in jure*. In vero nella *Relazione* della Commissione senatoria, che come si notava stabilì questa ipoteca, si legge: essersi sancito che le spese di difesa acquistano prelazione sulle spese di giustizia. D'altra parte l'iscrizione dell'ipoteca da parte della difesa, deve considerarsi fatta a supplemento delle prime, se mai insufficienti a garantire le sue ragioni, e non già per assicurare propria, originaria garantia, assicurata già ad essa dall'iscrizione presa nell'interesse dello Stato. In niun caso poi la sollecitudine della parte civile, maggiore della cura che si sarà dato il pubblico ministero a iscrivere l'ipoteca, può nuocere al diritto della difesa. Ciò però dimostra, come sarebbe stato opportuno di dettar norme anche per la iscrizione di questa ipoteca ».

parte civile, e che a questa ed a quello resti la collocazione derivante dalle ipoteche posteriori.

139. La ipoteca giova, come già fu avvertito, alle parti civili pel risarcimento dei danni aggiudicati nella sentenza di condanna. Per parte civile non può intendersi la parte lesa in genere, ma soltanto quella parte lesa che valendosi della facoltà concessale dall' art. 4 Cod. proc. pen. eserciti l' azione civile innanzi allo stesso giudice e nel tempo stesso dell' esercizio dell' azione penale. Se la parte lesa esercita separatamente la sua azione avanti il giudice civile, può iscrivere una ipoteca giudiziale in virtù della sentenza di condanna proferita in suo favore, ma non può valersi della ipoteca legale che in questo caso non la riguarda.

Occorre adunque regolare costituzione di parte civile a forma degli art. 109 e seg. Cod. proc. pen.; e se la costituzione venisse poi revocata, gli effetti utili della ipoteca legale non potrebbero dalla parte lesa essere invocati pel rifacimento dei danni cui nonostante avesse diritto.

Un nostro scrittore ha invero sostenuto che con le parole parti civili il legislatore ha voluto indicare genericamente le parti lese (1); ma la contraria opinione è indiscutibilmente da preferirsi. Il legislatore non ha parlato di parte danneggiata od offesa nel senso generico in cui questa espressione è adoperata nell' art. 6 Cod. proc. pen. ma bensì di parte civile; e non si può supporre che abbia adoperato questo vocabolo in un significato diverso da quello che gli è proprio. La relazione della commissione senatoria, dalla quale questa ipoteca venne introdotta, dimostra come con la medesima non siasi voluto provvedere indistintamente a tutte le parti danneggiate, ma soltanto a quelle che si sono costituite parti civili nel giudizio penale. « Infatti ivi si legge essersi considerato, che sarebbe supremamente ingiusto il negare il benefizio dell' ipoteca legale alla parte civile, *sia per lo ricupero delle*

---

(1) SALA, *monogr. cit.*

spese di giustizia che fosse tenuta ad anticipare al tesoro, sia pel rifacimento dei danni ed interessi aggiudicati per sentenza. Ora, mentre gli art. 562 e seguenti del Codice di procedura penale non lasciano dubbio che la parte civile la quale è tenuta ad anticipare all'erario le spese di giustizia, è la parte danneggiata che *si è costituita parte civile*, il confronto tra l'art. 571 e l'art. 573 dello stesso Codice di procedura penale chiarisce che è soltanto a riguardo della persona danneggiata, costituitasi parte civile nel giudizio penale, che la sentenza di condanna può contenere l'*aggiudicazione dei danni ed interessi*, qualora il processo offra gli elementi necessari per determinarne la quantità, mentre rispetto alle persone offese o danneggiate, che non intervennero come parte civile nel procedimento, la sentenza di condanna è bensì *titolo a conseguire il risarcimento dei danni*, dovendo essa contenere la relativa pronunzia, ma debbono essere indirizzarsi al *tribunale civile competente* per far liquidare i danni medesimi, ed ottenere così l'aggiudicazione della relativa somma. Questa interpretazione sembra tanto più ragionevole, in quanto che, potendo la parte lesa, che non sia intervenuta come parte civile nel procedimento penale, valersi della sentenza di condanna per iscrivere sugli immobili del condannato l'ipoteca giudiziale, a senso dell'art. 1970 del Codice civile, non può dirsi sprovvista affatto di ogni garanzia; mentre deve imputare a sè medesima se, non avendo creduto di costituirsi parte civile, non si trova in condizione di poter profittare dell'ipoteca legale, che può essere iscritta prima della condanna in seguito al mandato di cattura» (1).

140. Il vantaggio che la parte civile risente dalla iscrizione della ipoteca legale è affatto indipendente dall'essere la medesima specificata col suo nome e cognome nella iscrizione ipotecaria (2); ciò si è potuto decidere senza offesa del principio di specialità, per

---

(1) Pochintesta, *op. cit.*, I, 176.

(2) Trib. Modena, 10 settembre 1890, *Riv. giurid. Bol.*, 1891, IV.

la ragione che titolare della ipoteca di cui si tratta è sempre lo Stato, e la iscrizione deve sempre essere presa in suo nome anco se la richiesta muove dalla parte civile o dalla difesa. La legge dice che l' ipoteca iscritta a favore dello Stato giova alla parte civile; per conseguenza chiunque ha ragione giuridica per costituirsi parte civile, può comparire nel giudizio di graduazione che si apre per la distribuzione del prezzo dei beni ipotecati per concorrere insieme con lo Stato, e senza speciale diritto di preferenza, per quanto gli è dovuto, onde conseguire pagamento dei danni aggiudicati e liquidati in suo favore.

Ma appunto perchè la parte civile si vale della ipoteca dello Stato, ma non ha una speciale ipoteca concessa dalla legge in suo favore, è a ritenersi che mentre la parte civile può comparire nel giudizio di graduazione per essere collocata nel grado spettante allo Stato, un separato esercizio dell'azione ipotecaria per suo conto non sarebbe giuridicamente concepibile. Siffatto esercizio appartiene esclusivamente allo Stato, che solo figura nell' iscrizione e solo riveste la qualità di creditore ipotecario. Lo Stato solo può come creditore iscritto impedire la nomina del perito facendo l'offerta del multiplo del tributo diretto, ai sensi degli art. 663, 664 Cod. proc. civ.; a lui solo deve essere notificato il bando di vendita coatta in conformità del successivo articolo 668; a lui solo deve, in caso di purgazione, essere trasmessa la notificazione di cui all'art. 2043 Cod. civ.; egli solo ha diritto, sempre nel caso di purgazione, di far vendere al pubblico incanto, aumentando il prezzo di un decimo, i beni ipotecati.

Tutto ciò che abbiamo detto e tutto quello che nello stesso ordine di idee potrebbe aggiungersi deriva a parer nostro dalla circostanza che la disposizione della legge in virtù della quale la ipoteca dello Stato giova alla parte civile, non serve ad escludere che lo Stato solo è il titolare di questa ipoteca e che per conseguenza a lui solo spetta la qualifica di creditore iscritto, con tutti i diritti inerenti alla medesima. Con ciò siamo ben lontani dal di-

sconoscere che la soluzione da noi proposta non è esente da dubbi, derivanti dall'assoluta mancanza di precedenti legislativi e dal modo quasi inopinato con cui fu convertito in ipoteca legale l'antico privilegio della legislazione francese e ne furono estesi i benefizi alla parte civile.

141. I crediti della parte civile garantiti con la ipoteca concessa dall' articolo 1969 n. 5 Cod. civ. sono quelli compresi nelle parole risarcimento dei danni aggiudicati nella sentenza di condanna; rientrano per conseguenza in questa categoria le spese anticipate all'erario per il procedimento penale, quelle di rappresentanza e difesa nella misura in cui vengono tassate dall' autorità giudiziaria competente ed infine le somme attribuite alla parte civile a titolo di indennità in conseguenza del reato e della condanna susseguitane.

Anco qui si presenta una difficoltà: la legge parla di danni aggiudicati colla sentenza di condanna; niun dubbio pertanto se la sentenza medesima non si limita a pronunziare la condanna in genere, ma contiene la liquidazione dei danni in una cifra determinata. Se invece la sentenza rinvia la parte danneggiata a liquidare i danni in separata sede civile, occorre determinare se i danni possono dirsi aggiudicati con la sentenza di condanna e se per conseguenza, determinatone in sede civile l'ammontare, la parte danneggiata possa valersi della ipoteca iscritta a favore dello Stato per domandare collocazione nel grado spettante al medesimo.

La opinione negativa risponde sola ai criteri restrittivi con i quali la disposizione di legge in esame deve essere sempre interpretata. La parola aggiudicati sta ad esprimere una liquidazione già fatta, non una condanna in genere; se la sentenza penale si fosse limitata ad una pronunzia in questo senso e i danni fossero liquidati poi in sede civile, non saremmo nei termini dell'articolo 1969 n. 5, perchè non potrebbe dirsi che i danni fossero stati aggiudicati con la sentenza di condanna. La parte civile non

avrebbe in questo caso altro diritto che quello di provvedere alla tutela del suo credito con la iscrizione di una ipoteca giudiziale.

142. Per ciò che attiene al prevalente diritto della difesa sancito nell'ultimo capoverso dell'art. 1969 n. 5 Cod. civ., le parole con le quali la commissione senatoria giustificò la riforma introdotta nella legislazione, là dove disse di voler rendere omaggio al sacro diritto della difesa, servono a dimostrare che la prevalenza è data non soltanto alle spese di cui è parola nella tariffa penale approvata con decreto legislativo del 23 decembre 1865, ma ancora agli onorari degli avvocati difensori.

La Corte d'appello di Genova ha recentemente ritenuto il contrario (1), ma la opinione superiormente espressa ci sembra preferibile; gli scrittori, sebbene non trattino espressamente la questione, parlano non soltanto delle spese contemplate dalla tariffa penale, ma altresì degli onorari come di credito garantito dalla

---

(1) Nella sentenza 8 febbraio 1895 (*Annali di giurispr. it.*, XXIX, III, 86) citata di sopra a pag. 232: « Osserva, che a ragione gli azionisti si dolgono della sentenza nella parte che contempla gli onorari degli avvocati Noli e Astengo. E di vero, se dalle parcelle per essi esibite non risulta che i medesimi abbiano del proprio incontrate spese propriamente dette di difesa, che consistono in quelle occorrenti per le notificazioni delle liste dei testimoni, delle citazioni di costoro, e nelle indennità a questi accordate; se adunque nessun rimborso è dovuto per questo titolo ai difensori, stando alla sana e letterale interpretazione della tariffa approvata col decreto legislativo del 23 decembre 1865 per le spese di giustizia penale, di cui il n. 9 dell' art. 1 si riallaccia con l' art. 111, è evidente che degli onorari degli avvocati non sia punto a discorrere; giacchè le garanzie della difesa degli imputati, sacre in ogni civile reggimento, quanto e come quelle dell' accusa, hanno i loro munimenti in altre leggi, che sono quelle che regolano l' istituto del gratuito patrocinio, quello dell'ordine degli avvocati, e il codice di procedura penale; — vi è il difensore ufficioso, di cui l'opera nei casi di povertà comprovata è gratuita: — e trattandosi di privilegi, non è lecito crearli, dando alle leggi una interpretazione estensiva che non fu mai nella mente dei costituenti; — epperò l'art. 1969 n. 5 non bastava a fondare la collocazione degli avvocati Noli ed Astengo sul prezzo in distribuzione ».

ipoteca legale (1). Sarebbe in verità ben meschino ed insignificante l'omaggio che la commissione senatoria volle rendere a quello che con enfasi retorica non si peritò di qualificare come sacro diritto della difesa, se la preferenza a questa accordata dovesse reputarsi limitata alle poche spese che possono occorrere per la citazione dei testimoni, per le perizie e simili; se realmente si volle rendere più sicura e più efficace la difesa degli imputati, se si considerò, come osserva un nostro scrittore (2), che anche i difensori sono tra i pubblici ufficiali necessari allo svolgimento del dramma penale, è giuocoforza il concludere che l'art. 1969 n. 5 mira principalmente ad assicurare la riscossione degli onorari dovuti ai difensori. Sarà stato, se vuolsi, per effetto di un sentimentalismo eccessivo, ma è per noi indubitato che a ciò conduce la retta interpretazione della legge.

Non varrebbe obiettare che con intendere in siffatto modo la controversa disposizione si viene a dare alla medesima una interpretazione estensiva contraria alla sua indole; la legge parla di spese per la difesa; ed in questa espressione indubbiamente rientrano gli onorari degli avvocati.

143. Lo scrittore ultimamente citato incorre a proposito del vantaggio attribuito alla difesa riguardo alla ipoteca legale dello Stato in un errore manifesto, là dove afferma che il difensore non potrebbe neppure in nome dello Stato iscrivere contro il suo cliente l'ipoteca medesima in virtù del mandato di cattura. La ragione esposta che ciò costituirebbe pel difensore un atto di ostilità incompatibile con la qualità sua (3), non ha valore giuridico. Invero

---

(1) PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 139; RICCI, *op. cit.*, X, 171; MELUCCI, *op. cit.*, lez. V, 4; BORSARI, *Commento*, § 4199.

(2) BORSARI, *op.* e *loc. cit.*

(3) BORSARI, *op.* e *loc. cit.*: « Ma non crederei che il difensore potesse attuare la sua ipoteca sopra un mandato di cattura fulminato contro il suo cliente, anche se il difensore fosse designato in quei primi tratti del processo.

la legge non distingue; essa dice che questa ipoteca può essere iscritta prima della condanna in seguito al mandato di cattura: ciò posto, o si nega che la difesa e la parte civile possano richiedere la iscrizione a nome dello Stato, ed in tal caso la questione non ha ragione di essere sollevata; o si ammette che lo possano, e si deve per conseguenza ritenere che tale facoltà spetti loro in ognuno dei casi in cui la ipoteca può essere iscritta, e così anco nel caso in cui vi sia mandato di cattura o convalidazione di arresto in flagranza di reato, che è, come si è visto, caso equivalente.

Non può dirsi d'altronde che la iscrizione presa a cura del difensore costituisca per l'imputato un atto di ostilità; assicurando al difensore il conseguimento dei suoi onorari, rende possibile una difesa più efficace dell'imputato e ridonda in suo vantaggio; anzi si può dire senza tema di smentita che chi, per sua sventura o per sua colpa, si trova implicato in una procedura penale, non corre il pericolo di restare indifeso se possiede beni immobili sui quali possa essere iscritta utilmente la ipoteca legale.

144. Nello scarso numero di decisioni offerte dalla giurisprudenza in questa materia merita particolare menzione una sentenza della Corte di cassazione di Napoli, dovuta al consigliere Santamaria, nella quale fu presa in esame una singolare specie di fatto decisa dalla Corte d'appello di Trani in causa Ariani contro D'Errico (1).

Nel giudizio di graduazione promosso contro Vincenzo D'Errico condannato ai lavori forzati a vita, domandavano collocazione:

Che pronunciata la sentenza di condanna, il difensore che ha compiuta l'opera sua, abbia diritto d' iscrivere una ipoteca sui beni del condannato debitore di spese e di onorari per il suo ufficio, si trova regolare, ma quel correre immediato a una iscrizione ipotecaria per il rilascio del mandato di cattura sembrerebbe nel difensore un atto di ostilità incompatibile colla qualità sua ».

(1) La sentenza della Cassazione è del 25 luglio 1887 (*Legge*, XXVIII, I, 415); quella della Corte d' appello del 30 novembre 1886 (*Riv. giur. Trani*, XII, 33).

1° la parte civile pei danni e per le spese in forza d'ipoteca iscritta nel 7 decembre 1878, al seguito di una sentenza della Corte d'assise di Trani poscia annullata, e nuovamente iscritta nel 4 settembre 1880 al seguito della sentenza di rinvio che aveva confermato la primitiva condanna; 2° un sig. Ariani per mutui che asseriva di aver fatti mercè istrumenti 15 ottobre 1878 e 28 luglio 1880 per la necessità della difesa del D'Errico, quali mutui erano stati garantiti con ipoteca mediante iscrizioni prese li 4 novembre 1879 e 5 agosto 1880; 3° da ultimo lo Stato per iscrizione presa in base della sentenza di rinvio del 23 marzo 1887.

L'Ariani sosteneva che le somme da lui mutuate, avendo servito per la necessità della difesa, dovevano essere collocate con preferenza sugli altri crediti e che per conseguenza dovevano primeggiare sulla ipoteca iscritta anteriormente in favore della parte civile.

La questione non fu risoluta, perchè la Corte suprema giustamente ritenne, con una motivazione fondatissima di cui dovremo occuparci più oltre, che la iscrizione presa a favore della parte civile nel 1878 non fosse sopravvissuta al completo annullamento della sentenza di condanna dell'imputato; ma se non si fosse verificata questa singolarità, che permise di fare astrazione dalla deduzione dell'Ariani, sembra a noi certo che questa deduzione avrebbe dovuto essere dichiarata insostenibile.

Le ipoteche iscritte a favore dell'Ariani erano convenzionali non legali, perchè iscritte in virtù dei contratti di mutuo da lui posti in essere a favore del D'Errico; quando ancora fossero state iscritte a cura dell'Ariani, e a nome dello Stato, e avessero per conseguenza acquistato il carattere di ipoteche legali, non si sarebbe potuto fondatamente sostenere che per essere state iscritte a tutela dei crediti formati per provvedere ai bisogni della difesa dovessero primeggiare sulla ipoteca precedentemente iscritta a favore della parte civile. Non è in questo senso che può essere intesa la disposizione dell'art. 1969 n. 5 Cod. civ., la quale, ammettendo che alle spese di giustizia e al risarcimento dei danni siano preferite

le spese della difesa, non ha certamente inteso di volere che fra iscrizione e iscrizione venga alterato l'ordine segnato dalla priorità del tempo, ma ha invece voluto che, domandandosi collocazione dallo Stato, dalla parte civile e dalla difesa, in forza di una o di più ipoteche iscritte tutte a nome dello Stato in virtù della citata disposizione di legge, debba essere prelevato ciò che è dovuto alla difesa, e debbano poi lo Stato e la parte civile repartirsi per contributo ciò che resta distribuibile.

Questo è indubbiamente il concetto del legislatore; la preferenza accordata alla difesa non può esercitarsi se non nel caso di collocazione nel grado spettante alla ipoteca dello Stato; se quindi chi è sottoposto a procedimento penale contrae un mutuo, sia pure all'oggetto espressamente dichiarato e rigorosamente constatato di provvedere alla propria difesa, la ipoteca convenzionale che viene iscritta in forza di questa operazione non può prendere altro grado che quello derivante dal numero d'ordine della sua iscrizione.

Una preferenza a favore di chi presta il danaro sarebbe giuridicamente escogitabile nel solo caso in cui fossero osservate le norme prescritte dalla legge per la surrogazione convenzionale (articolo 1252 Cod. civ.); in tal caso, chi avesse pagato il difensore dell'imputato, potrebbe domandare collocazione nel grado della ipoteca legale iscritta a favore dello Stato con la preferenza di cui è parola nell'ultimo capoverso dell'art. 1969 n. 5 Cod. civ.

145. Per ciò che riguarda la estinzione di questa ipoteca, occorre distinguere il caso in cui sia iscritta prima della sentenza di condanna al seguito del mandato di cattura, o della ordinanza convalidante l'arresto in flagranza di reato, dal caso in cui l'ipoteca sia stata iscritta dopo la sentenza di condanna e in virtù di questa.

Nel primo caso la ipoteca è estinta se il procedimento termina con l'assoluzione dell'imputato, o se l'imputato muore prima che la sentenza sia proferita (1).

---

(1) Cass. Napoli, 25 febbraio 1869, *Annali di giur. it.*, III, I, 98.

La seconda ipotesi non può dar luogo a dubbio; ma è egualmente certa la prima, sebbene all'assoluzione dell'imputato, quando questa ha luogo non già per inesistenza di reato ma per difetto d'indizi, possa sopravvivere l'azione di risarcimento della parte danneggiata; in tal caso questa dovrebbe proporre la sua domanda in separata sede civile, ed ove ottenesse sentenza favorevole, non avrebbe altro diritto che quello d'iscrivere una ipoteca giudiziale; l'ipoteca legale iscritta a favore dello Stato prima dell'assoluzione dell'imputato non potrebbe giovarle, perchè rimasta inefficace. Osservammo già che la iscrizione preventiva è un provvedimento meramente conservativo, sottoposto alla condizione che la condanna del debitore abbia luogo; ove questa condizione non si verifichi, ricorre lo speciale motivo di estinzione dell' ipoteca contemplato nel n. 6 dell'art. 2029 Cod. civ.

Nel secondo caso, quando cioè l'ipoteca è stata iscritta dopo la sentenza di condanna, l'annullamento della sentenza stessa pronunziato in sede di cassazione, avrebbe l'effetto di rendere l'ipoteca stessa inefficace. L'essere stata poi rinnovata la condanna in sede di rinvio, non potrebbe condurre a resultato diverso. In virtù della sentenza di rinvio può essere iscritta una nuova ipoteca, ma la condanna proferita in questa sede non può spiegare effetto retroattivo nel senso di restituire efficacia alla ipoteca che per l'annullamento della prima sentenza era rimasta estinta.

Nella specie di fatto esaminata al numero precedente, la Corte d'appello di Trani era scesa nel contrario concetto, ritenendo che malgrado l'annullamento della prima sentenza di condanna fosse rimasta ferma la iscrizione presa dalla parte civile pei danni e interessi. Ma la Corte suprema ebbe a censurare il principio proclamato dalla Corte d' appello per le seguenti considerazioni: « La cassazione (sia qualunque il motivo per cui avviene) quando non cade soltanto sull'applicazione della pena, ma tutto involge il dibattimento, colpendo ad un tempo la sentenza ed il verdetto, toglie assolutamente di mezzo la condanna in tutte le conseguenze sue. —

Non rimane allora che l'accusa, ondechè se l'accusato morisse prima del nuovo giudizio di rinvio, l'azione penale sarebbe estinta (art. 669 e 673 Cod. di proc. pen.); e d'altra banda non è se non per le prove svolte nel nuovo dibattimento, che può egli essere condannato od assolto. Credere di poi che ripetuta in rinvio la stessa condanna, questa retroagisca, e ridoni il prisco vigore alla iscrizione presa in forza di quella che fu annullata, vale confondere cose disparate, e fraintendere il valore giuridico dell'annullamento stesso. — Non accade qui come nel caso in cui, presa una iscrizione in forza della ipoteca nascente da un titolo, sorga poi un giudizio sul valore giuridico di quest'ultimo, e quindi avvenga che lo sia dapprima annullato o rivocato per pronunziato del magistrato, e poscia (annullato alla sua volta quest'ultimo) dichiarato per altro pronunziato valida ed efficace. Allora non è dubbio che l' ultima parola debba prevalere e retroagire al momento della presa iscrizione, perocchè sempre uno ed identico è il titolo in cui questa si fonda. Ma nel caso in esame il primo titolo cadde assolutamente ed irremissibilmente, mentre l'annullamento fe' ritornare le cose allo stato in cui erano prima della condanna annullata, come se questa non fosse giammai stata; onde il giudice di rinvio non riesaminò già (quasi delegato a ciò da una autorità superiore) il precedente pronunziato, per rievocarlo o confermarlo. Egli fu veramente delegato dal supremo Collegio, ma a giudicare non quel pronunziato, sì invece la causa medesima, da quello già dianzi giudicato, e tutto ciò come per cosa nuova, che allora la prima volta venisse all'esame del magistrato, e di cui egli fosse il primo ed unico giudice ».

146. Prima di abbandonare l' argomento della ipoteca legale dello Stato, riteniamo opportuno ricordare una importante controversia su questa materia decisa dalla Corte di appello di Ancona in favore delle R. Finanze contro Enrico ed Attilio Bolaffi (1).

I predetti Bolaffi succedevano per ragion propria nella eredità

(1) Sent. del 27 luglio 1878, *Giur. it.*, XXXI, I, 3, 114.

del loro zio Raffaele, perchè il loro padre Carlo, che sarebbe stato erede legittimo del fratello, era incorso nella indegnità per averlo assassinato e per essere stato, in pena di tale assassinio, condannato ai lavori forzati a vita, con sentenza della Corte d'assise di Macerata 1° giugno 1876. Nella pendenza del giudizio penale, e prima che il reato, commesso nel 12 aprile 1866, fosse stato scoperto e punito, Carlo Bolaffi era andato al possesso della eredità del fratello, denunziata per un valore di oltre trecentomila lire, e, da povero che era, divenuto ricco, aveva acquistato e pagato con danari ereditari dei beni immobili. Su di questi l'amministrazione delle tasse e del demanio aveva iscritto ipoteca legale, sempre nella pendenza del giudizio, ai sensi del nostro art. 1969 num. 5.

Proferita la sentenza di condanna, Enrico e Attilio Bolaffi convennero in giudizio, avanti il Tribunale di Pesaro, Luigia Barolezza loro madre nella qualità di tutrice di suo marito Carlo Bolaffi e le finanze dello Stato, per avere, verso la prima, la dichiarazione d'incapacità del tutelato, come indegno, a succedere nell'eredità del fratello Raffaele e la ricognizione del loro diritto alla stessa successione, di cui chiesero la immissione in possesso insieme alla restituzione dei frutti; e verso le seconde, l'ordine al conservatore delle ipoteche di Pesaro per eseguire la cancellazione della suindicata ipoteca legale dai beni acquistati col danaro ereditario, che sostenevano spettare piuttosto alla eredità che a Carlo Bolaffi nel cui nome l'acquisto era stato fatto.

L'una e l'altra istanza furono accolte dal Tribunale di Pesaro; ma la Corte di Ancona, accogliendo l'appello delle R. Finanze, ritenne che la ipoteca iscritta a favore di queste dovesse restar ferma, sul fondamento che Carlo Bolaffi aveva acquistato in nome proprio gli stabili ereditari, e doveva perciò considerarsi come legittimo proprietario di fronte al terzo che aveva con lui contrattato o acquistato diritti contro di lui.

« Attesochè, disse la Corte, gli appellati fratelli Bolaffi, per

aprirsi la via ad ottenere la cancellazione della ipoteca legale dal predio Badia, producessero un certificato catastale, da cui risulta che il loro padre Carlo Bolaffi, prima di entrare al possesso della eredità del fratello Raffaele, era soltanto proprietario di una casa dell'estimo capitale di L. 1500, altro certificato dal quale si rileva che il medesimo per la tassa di ricchezza mobile fosse notato per un reddito inferiore a L. 250, ed infine un certificato di notorietà del sindaco locale, dove si legge che Carlo Bolaffi viveva allora in così orribili circostanze, che per la sussistenza della famiglia non aveva altri mezzi all' infuori di un assegno mensile da parte del fratello Raffaele. Ragionano quindi, che essendo per tal modo provato che Carlo Bolaffi, quando comprò il predio, fosse nell' impossibilità di pagarlo con proprie risorse, doveva ritenersi che egli lo avesse acquistato come erede di Raffaele e col danaro della di lui successione, e che perciò debba la ipoteca cancellarsi perchè iscritta su di uno stabile che non sia di proprietà di Carlo Bolaffi. — Attesochè non possa ritenersi che Carlo Bolaffi comprasse il predio come erede di Raffaele, perchè resiste il fatto che egli ne facesse acquisto per sè stesso; e sarebbe una strana confusione credere che egli facesse il contratto per l' eredità, solo perchè n' era in possesso, quasichè avesse perduta la propria personalità; la impossibilità poi in cui egli si trovasse a pagarne il prezzo col danaro proprio, non può mutare la persona del compratore: del resto non è infrequente vedersi comprare stabili anche da chi non ha apparentemente danaro, ed in ispecial modo stabili demaniali, che si pagano a rate di lunga scadenza. — Attesochè, ammesso ancora che con gli accennati mezzi di prova si fosse giustificato lo stato d' insolvibilità di Carlo Bolaffi, e che il predio si fosse pagato o dal medesimo o dai figli col danaro della successione di Raffaele Bolaffi, non conseguirebbe mai che lo stabile dovesse essere considerato come facente parte della eredità dello stesso Raffaele; dappoichè chi somministra danaro per pagare uno stabile comprato da un terzo, non addiviene proprietario del

fondo e non vi acquista alcun diritto, e può solo esercitare l'azione personale per esigere la restituzione del prezzo sborsato; nemmeno il fondo acquistato col danaro dotale addiviene dotale, se non quando siasi stipulata la condizione dell'impiego (art. 1409 Cod. civ.). — Attesochè, non essendo la domanda degli appellati per la cancellazione della ipoteca fondata su alcun principio di diritto, e dovendosi perciò ritenere che le finanze dello Stato iscrivessero legittimamente sul predio *Badia* la ipoteca legale, perchè era in proprietà ed in possesso di Carlo Bolaffi, ne consegue che la sentenza appellata debba essere riparata colla reiezione di detta domanda, dovendo l'ipoteca restare ferma sul predio *Badia* non ostante i nuovi e diversi rapporti creati dalla sentenza stessa tra gli appellati e il loro padre ».

Abbiamo voluto, contro il sistema ordinariamente adottato, riportare per esteso la motivazione della sentenza succitata, non perchè in essa si contengano errori di diritto da confutare, ma per dimostrare una volta di più come l'abolizione delle ipoteche legali sarebbe utile provvedimento. La esagerata protezione accordata a certi speciali crediti, e specialmente ai crediti dello Stato, introduce nella legislazione un esagerato sentimento di fiscalità.

I magistrati anconitani fecero severa applicazione del principio consacrato dalla sapienza romana, che nel contratto di compra-vendita la proprietà è trasmessa a colui *cujus nomine res empta est,* non a colui al quale spetta il danaro con il quale il contratto è posto in essere (1); secondo il rigore dei principii si sarebbe

---

(1) Cass. Firenze, 12 giugno 1876, *Annali di giur. it.*, X, I, 1, 458: « Attesochè sia infatti principio elementare di ragione comune, che la cosa formante oggetto d'un contratto si acquista da coloro che nel contratto stesso prestarono il loro consenso come acquirenti, e che pertanto compratore è quegli *cujus nomine*, non quegli *cujus pecunia res empta est.* Ed il principio indiscutibile secondo il diritto romano, come dalle leg. I e seg., Cod. *Si quis alt. vel sibi*; leg. 6, Cod. *De rei vind.* leg. 12, Cod. *De jure dot.*; leg. 4, Cod. *Eorum utr. jud.*, conservano il loro vigore anche sotto la presente legge, come ne è

anco potuta invocare la nota regola che dichiara salvi i diritti acquistati dai terzi verso l'erede apparente (articolo 933 capoverso Codice civile); ma è un fatto che se non si fosse trattato della R. Finanza, i magistrati avrebbero trovato il modo di non sanzionare una conseguenza così contraria all' equità naturale, come è quella che deriva dalla succitata sentenza. Ripugna invero all' equità, ed alla stessa morale, che le spese di giustizia occorse per la condanna di un assassino, vengano prelevate con prelazione della sostanza della vittima con pregiudizio dei suoi eredi; la circostanza che questi erano al tempo stesso i figli del delinquente, non poteva nè doveva influire sul giudicato, dal momento che essi succedevano per ragione propria; ed è poi superfluo avvertire che i figli, estranei al delitto del loro genitore, non dovevano sopportarne le conseguenze pecuniarie.

SEZIONE III

IPOTECA GIUDIZIALE.

SOMMARIO

147. Disposizione fondamentale della legge in proposito: limitazioni arrecate con essa all'istituto in esame — 148. Condizioni richieste perchè si faccia luogo alla ipoteca giudiziale: *a*) Che vi sia una sentenza; *b*) Che sia sentenza di condanna.

147. Ogni sentenza portante condanna al pagamento di una somma, alla consegna di cose mobili o all'adempimento di un' altra obbligazione la quale possa risolversi nel risarcimento dei danni, produce ipoteca sui beni del debitore a favore di chi l'ha ottenuta (art. 1970 Cod. civ.).

Dopo quello che abbiamo di sopra esposto intorno ai gravi inconvenienti della ipoteca giudiziale, propugnando la definitiva

---

prova l' articolo 1403 del Cod. civ., che non ammette neppure la surroga legale tacita del fondo comprato coi danari dotali ».

abolizione di siffatto istituto, non ci resta altro compito che quello di commentare le relative disposizioni del Codice civile con quella maggiore ampiezza che la importanza pratica dell'argomento, e la quotidiana applicazione delle relative disposizioni rendono necessaria.

Ci limitiamo qui ad osservare che il patrio codice segna con la disposizione sopra riportata dell'articolo 1970 un passo notevole verso l'abolizione dell'istituto che prendiamo ad esaminare. Mentre il codice francese faceva derivare l'ipoteca giudiziale da qualunque sentenza, e altresì dalle ricognizioni e verificazioni, fatte in giudizio, delle sottoscrizioni apposte ad un atto di obbligo esteso in iscrittura privata (1), il Codice nostro della ricognizione o verificazione di scrittura non parla affatto; e se parla di sentenza, limita notevolmente il significato di questa espressione, esigendo che la sentenza porti condanna, sia al pagamento di una somma, sia alla consegna di cose mobili, sia all'adempimento di una obbligazione di natura diversa, la quale possa risolversi nel risarcimento dei danni. Una sentenza che espressamente non condannasse il debitore, a dare, fare od omettere qualche cosa, ma contenesse soltanto il germe di una condanna futura ed eventuale (2),

---

(1) Art. 2123. Disponevano come il Codice francese le leggi civili napolit., art. 2009. Il Codice parmense, art. 2177; il Codice albertino, art. 2177, 2188; il regolam. pontif., art. 120, 121; il Codice estense, art. 2175 e la Legge ipot. tosc., art. LXVII, parlavano soltanto di sentenze, escludendo così la verificazione delle scritture; inoltre la legge toscana, disponendo che la sentenza per produrre la ipoteca giudiziale dovesse portare condanna, additò felicemente la via sulla quale si è posto il legislatore italiano con l'art. 1970 Cod. civ.

(2) Lucca, 13 maggio 1880, *Monit. trib. Mil.*, XXI, 579. La specie di fatto decisa dalla Corte è la seguente. Nel costituire una nuova società in accomandita in surrogazione di una società preesistente, i soci accomandanti si erano obbligati al pagamento di una somma in quanto dal bilancio di quest'ultima società non resultassero creditori: la Corte disse, ed a ragione, che la sentenza la quale non aveva fatto che confermare il tenore della obbligazione assunta dagli accomandanti nell'atto costitutivo della nuova società, assegnando

non potrebbe attribuire a chi l'ha ottenuta l'esorbitante diritto di iscrivere una ipoteca che prima non gli spettava, nè per legge, nè per contratto.

L'ammettere che ogni sentenza, ancorchè non contenente condanna, e perciò non valutabile attualmente nelle sue conseguenze pecunarie, attribuisse a chi l'aveva ottenuta il diritto d'iscrivere la ipoteca. equivaleva a dare una estensione sconfinata, o per lo meno eccessiva, all'arbitrio del creditore; attribuire poi lo stesso diritto in forza della semplice recognizione o verificazione di scritture private, era addirittura un non senso; se infatti una così esorbitante disposizione poteva essere spiegata, se non giustificata, nell'antico diritto francese come conseguenza del principio nel medesimo ammesso in virtù del quale l'obbligazione assunta per atto autentico notarile produceva di diritto e senza bisogno di espressa stipulazione una tacita e generale ipoteca su tutti i beni del debitore, resultava assolutamente inesplicabile, nonchè ingiustificabile, nel sistema ipotecario andato in vigore con il codice francese (1).

148. Perchè il creditore possa valersi della citata disposizione di legge per iscrivere contro il debitore una ipoteca indipendentemente da convenzione, e fuori dei casi previsti tassativamente nell'art. 1969 Cod. civ., occorrono due ben distinte condizioni. Occorre in primo luogo una sentenza proferita a suo favore; occorre

---

un termine per la compilazione del bilancio onde verificare se ne resultasse il credito compensabile, non era titolo sufficiente ad iscrivere l'ipoteca giudiziale.

(1) Lo stesso legislatore francese non tardò ad accorgersi della esorbitanza della sua disposizione e con una legge speciale del 3 settembre 1807 proclamò il principio che la ipoteca non potesse esser presa in virtù della ricognizione o verificazione di scrittura fatta in giudizio, se non dopo la scadenza della obbligazione. Tale disposizione adottata nella massima parte dai codici italiani, era stata motivata dal fatto, che di fronte alla generalità di espressione dell'art. 2123 Cod. franc. la Corte di Cassazione di Francia aveva ripetutamente deciso il contrario (TROPLONG. *op. cit.*, 443).

in secondo luogo che la sentenza porti condanna ad una delle diverse prestazioni tassativamente enunciate nell'art. 1970 Cod. civ.

Ci occuperemo in separati paragrafi delle due condizioni, per discendere poi a parlare della iscrizione dei beni, sui quali può esser presa e delle altre particolarità indispensabili a conoscersi per esaurire il commento della Sezione II, Capo II, Titolo XXIII, Libro III Codice civile.

§ 1.

Prima condizione.

SOMMARIO

149. Occorre una sentenza. L' ipoteca non può iscriversi in virtù di un' ordinanza per quanto esecutiva. Ordinanze presidenziali in materia di separazione tra i coniugi — 150. Sentenze che pronunziano sulle opposizioni — 151. Ordinanze per pagamento di onorari e spese di liti — 152. Ordinanze emesse in corso d'istruttoria in materia civile — 153. Verbali di conciliazione ed altri provvedimenti dei pretori—154. Ogni sentenza può produrre ipoteca. Generalità di siffatta espressione del legislatore — 155. Sentenze interlocutorie e provvisionali —156. Sentenze contumaciali — 157. Sentenze di prima cognizione non passate in giudicato — 158. Sentenze nulle per incompetenza e per vizio di forma — 159. Sentenze dei consoli e dei tribunali consolari — 160. Sentenze dei tribunali amministrativi — 161. Sentenze dei collegi di probi-viri — 162. Sentenze arbitrali — 163. Sentenze delle autorità giudiziarie straniere — 164. Censura di due decisioni della Corte d'appello di Lucca su questa materia — 165. Sentenze proferite all'estero da arbitri stranieri.

149. Occorre in primo luogo una sentenza; una semplice ordinanza proferita ai sensi degli art. 362, 438 Cod. proc. civ. non sarebbe titolo bastante per iscrivere l'ipoteca giudiziale neppure nel caso in cui, in forza della medesima, una delle parti fosse

tenuta al pagamento di una somma di danaro a favore dell'altra parte.

La giurisprudenza ha più volte avuto occasione di applicare questo principio inconcusso al caso in cui, procedendosi alla separazione personale dei coniugi, il presidente del tribunale, tentata invano la conciliazione, nel rimettere le parti avanti il tribunale, dà i provvedimenti temporanei che ravvisa urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole (art. 808 Cod. proc. civ.). Fra questi provvedimenti rientra senza dubbio quello che ha per oggetto di obbligare un coniuge a corrispondere all'altro una prestazione alimentare, in via provvisoria e fino a che non sia definitivamente statuito con sentenza sulla domanda di separazione. Un provvedimento di questa natura non è una sentenza, e, per quanto porti condanna, non può dar diritto ad iscrivere l'ipoteca (1).

Si è deciso il contrario, argomentando dal fatto che il presidente del tribunale, nell'emettere il provvedimento, ha facoltà d'inserirvi la clausola che la sua ordinanza deve avere l'effetto di sentenza spedita in forma esecutiva (2); ma l'opinione più rigida è da ammettersi: altra cosa è il carattere esecutivo di un atto, altra la potenza di attribuire il diritto ad iscrivere l'ipoteca giudiziale; anco la cambiale è titolo esecutivo; si dirà per questo che può iscriversi ipoteca in ordine a cambiale senza far precedere la condanna dell'obbligato? (3). Basta leggere l'art. 554 Cod. proc. civ. per convincersi che le ordinanze non sono da equipararsi alle sentenze allo speciale effetto dell'art. 1970 Cod. civ. Questo articolo dispone essere titoli esecutivi, alla pari delle sentenze, le ordinanze e gli atti ai quali sia dalla legge attribuito il carattere esecutivo, e in questo senso è esecutivo il provvedimento emanato dal presidente in ordine al citato art. 808 Cod. proc. civ.; ma da

(1) Genova, 23 decembre 1887, *Giur. ital.*, 1889, I, 218; Roma, 21 agosto 1892, *Temi romana*, 1892, 410; Roma, 8 giugno 1893, *Giur. ital.*, 1893, I, 2, 598.

(2) Torino, 16 marzo 1887, *Giur. ital.*, 1887, I, 2, 367.

(3) Torino, 22 febbraio 1888, *Giur. tor.*, XXV, 335.

ciò non può argomentarsi che possa in ordine al medesimo essere iscritta una ipoteca giudiziale (1).

150. Il contrario dovrebbe decidersi quando il provvedimento presidenziale fosse stato impugnato dinanzi al collegio, e avesse ottenuto da questo piena o parziale conferma. In tal caso il titolo ad iscrivere l'ipoteca non è l'ordinanza del presidente, ma la sentenza che l'ha tenuta ferma, condannando implicitamente od esplicitamente al pagamento dell'assegno provvisionale.

Ciò decise la Corte d'appello di Roma nella sentenza 18 settembre 1893 superiormente citata: « Considerato che il Duca di Gallese, onde disapplicare nella specie tale chiarissima disposizione di legge, comincia dal sostenere, insieme ai primi giudici, che la pronunzia del tribunale, se ha la forma di una sentenza, non è però una vera e propria sentenza nella sostanza, non essendo altro che la conferma dell'ordinanza presidenziale, ed avendone perciò la stessa efficacia (senza assumere carattere diverso), non può costituire che un titolo a condanna futura nella inadempienza dell'obbligo, quale condanna soltanto sarebbe produttiva d'ipoteca giudiziale. — Non v'ha però chi non scorga a prima giunta l'erroneità anche di tale ragionamento. — Imperocchè secondo il sistema del patrio codice, come si esprime l'illustre Pisanelli, nelle cause volgenti davanti ai tribunali ed alle corti d'appello, è sentenza qualunque pronunciato del collegio (senza possibilità di eccezione o distinzione) sia esso definitivo, interlocutorio, o provvisionale, ancorchè non risolva alcun punto controverso fra le parti. È quindi arbitrario e antigiuridico il dire che la sentenza in esame non è sentenza, per essersi limitato il tribunale a giudicare di conformità all'ordinanza presidenziale 19 aprile 1888. — E tanto meno plausibile è l'assunto del Duca, in quanto egli, colla com-

(1) Sulla ordinanza con la quale il presidente del tribunale in materia di rendimento dei conti ingiunge di pagare la somma rappresentante l'avanzo di cassa, senza che il conto s'intenda approvato (art. 321 Cod. proc. civ.), vedi più oltre il n. 175.

parsa incidentale 15 marzo 1890, insorse formalmente contro quell'ordinanza, chiedendo al Collegio la riduzione dell'assegno mensile della moglie da L. 1200 a L. 750. Ed essendosi á ciò opposta la Duchessa, ebbe luogo un vero e proprio giudizio contenzioso, in cui il tribunale esplicò la propria giurisdizione plenaria, decidendo la sollevatasi controversia con un pronunciato che ha, non soltanto la forma, ma eziandio la sostanza di una sentenza.—Se altrimenti si decidesse, si creerebbe una nuova categoria di sentenze *sui generis*, che sono e non sono tali, e che non trovando riscontro nel codice, sarebbero campate nel vuoto».

151. Il principio da noi superiormente indicato in virtù del quale una semplice ordinanza non è titolo bastante per iscrivere la ipoteca giudiziale, neppure nel caso in cui in forza della medesima una delle parti fosse tenuta al pagamento di una somma di danaro a favore dell'altra parte, è stato dalla giurisprudenza applicato anche agli ordini di pagamento rilasciati dal presidente del tribunale a favore degli avvocati, dei procuratori, dei periti, dei cancellieri, degli uscieri, dei tipografi e simili, per le spese giudiziali ai medesimi dovute dai proprî clienti o mandanti (articoli 103, 379 Cod. proc. civ.). Dispone, è vero, l'ultimo dei citati articoli che siffatto provvedimento, il quale contiene ordine di pagare in termine non minore di giorni dieci e non maggiore di trenta successivi alla notificazione, ha forza di sentenza spedita in forma esecutiva; ma fu già osservato che altra cosa è la forza esecutiva di un titolo, altra, e ben diversa, la sua attitudine a servire di fondamento alla iscrizione della ipoteca giudiziale. Ove nel termine fissato nell' ordinanza la persona contro la quale è stato ottenuto il provvedimento non faccia opposizione nelle forme tracciate dal citato art. 379 Cod. proc. civ., potrà procedersi alla esecuzione forzata mobiliare e immobiliare; ma una iscrizione giudiziale presa in virtù di tale provvedimento non sarebbe legittima; il conservatore delle ipoteche dovrebbe rifiutarsi d' iscriverla nei suoi registri; ed ove per avventura la iscrivesse, la cancellazione

potrebbe esserne domandata da qualunque interessato, e potrebbe essere eccepita da qualunque interessato la inefficacia della ipoteca nel giudizio di graduazione (1).

Vi sono invero delle sentenze le quali hanno ritenuto si possa distinguere secondo che il provvedimento presidenziale di cui è parola, è stato notificato, ed è decorso il termine per fare opposizione, oppur no, dicendo che la ipoteca giudiziale può iscriversi nel primo caso, non nel secondo (2); ma la distribuzione non è da accogliersi, dal momento che il magistrato non ha facoltà di ridurre la nota delle spese a lui sottoposte, per quanto gli sembri esagerata; rilasciando il provvedimento, il presidente del tribunale non esercita una funzione di cognizione e di merito, ma puramente di autorità, la quale apre la via all'opposizione della parte contro la quale è rilasciata. Disponendo che il provvedimento ha forza di sentenza spedita in forma esecutiva, il legislatore non ha inteso dire che sia una vera e propria sentenza a' termini delle norme generali di diritto giudiziario, ma ha voluto solamente esprimere il concetto che la parte munita di quell'ordine di pagamento, potrebbe procedere all'esecuzione, salvo la facoltà al debitore di farvi opposizione. Per ottenere dal giudice il riconoscimento di un diritto mediante sentenza, il creditore deve citare nelle forme volute dalla legge, la persona contro cui intende proporre la sua domanda; se il convenuto si costituisce in giudizio, e contesta la domanda dell'attore, il giudice, dopo istruita e discussa la causa statuisce, sull' oggetto della medesima con sentenza in cui deve esporre i motivi in fatto e in diritto della sua pronunzia; se il convenuto si rende contumace, il magistrato non si arresta a rilevare il tenore delle domande dell'attore e ad accoglierle, ma deve

(1) Brescia, 5 giugno 1894, *Foro ital.*, 1894, I, 960; Parma, 15 ottobre 1880, *Foro ital.*, 1880, I, 1174; Mattirolo, *Diritto giudiziario*, IV, 213; Cuzzeri, *Commento al cod. di proc. civ.* sull'art. 379 n. 15 (vol. IV).

(2) Torino, 8 marzo 1882, *Foro ital.*, Rep. 1882 V. Ipoteca, 27-29; Torino, 13 ottobre 1885, *Giur. Tor.*, XXIII, 27; Torino, 16 marzo 1887, *Giur. ital.*, 1887, II, 367; Milano, 30 luglio 1890, *Foro ital.*, Rep. 1890, V. Ipoteca, 18.

d'ufficio pronunziare la nullità degli atti di citazione e di procedura che il contumace avrebbe potuto opporre, vedere se le domande proposte siano provate e nel caso negativo respingerle (art. 192 Cod. proc. civ., 1312 Cod. civ.).

Ciò basta a dimostrare quante e quali sostanziali differenze corrano, per il modo di proporre la domanda e per gli attributi e doveri del magistrato nell'emettere la sua pronunzia, fra il decreto di cui è parola nell'art. 379 Cod. proc. civ. e la sentenza resa a mente dell'art. 360 dello stesso codice (1).

La distinzione surriferita non ha dunque ragione di esistere; la decorrenza del termine per fare opposizione rende il provvedimento esecutivo, ma non dà titolo per iscrivere l'ipoteca giudiziale.

Questa potrebbe essere iscritta solamente nel caso in cui, presentata tempestivamente l'opposizione, riuscito vano il tentativo di conciliazione che il presidente è chiamato dalla legge ad eseguire, e rimesse le parti a udienza fissa davanti l'autorità giudiziaria, intervenisse per parte di questa una pronunzia definitiva; ma in tal caso non è il provvedimento presidenziale che serve di titolo alla iscrizione, bensì la sentenza che pronunzia sulla opposizione.

Non varrebbe obiettare che ove la sentenza si limitasse a respingere la opposizione, e non contenesse esplicita condanna al pagamento della somma indicata nel decreto del presidente, non risponderebbe ai termini nel concorso dei quali la facoltà di iscrivere ipoteca è concessa dall' art. 1970 Cod. civ.; la condanna è implicitamente ma necessariamente compresa nel rigetto della opposizione.

(1) Citata sentenza della Corte d'appello di Brescia 5 giugno 1894.

(2) La ipoteca giudiziale può iscriversi in seguito all'ordinanza di tassazione delle spese emessa dal giudice a ciò delegato a norma dell'art. 375 Cod. proc. civ. In tal caso il titolo ad iscrivere è la sentenza che condanna la parte soccombente nelle spese, non l'ordinanza la quale non fa che determinare l'ammontare. Ciò è tanto vero che l'ipoteca potrebbe essere iscritta anco prima della ordinanza di tassazione in virtù della sentenza, salvo il diritto del debitore di domandare la riduzione.

152. I provvedimenti emessi dall' autorità giudiziaria all' oggetto di ordinare ad una delle parti l'anticipazione delle spese occorrenti per la esecuzione di un mezzo istruttorio non dànno luogo a ipoteca giudiziale perchè non sono sentenze.

L'art. 245 Cod. proc. civ. dispone che finito l' esame del testimone si deve chiedergli se vuole un'indennità, e in caso affermativo il giudice ne fa la tassa in margine della deposizione e ne ordina il pagamento; l' art. 259 dello stesso codice determina che quando i periti nell'atto di prestare il giuramento facciano domanda del deposito di una somma nella cancelleria per le spese occorrenti, il giudice delegato è autorizzato ad emettere la pronunzia relativa; finalmente in materia di accesso giudiziale l'art. 273 del citato codice così dispone: « Le spese dell' accesso debbono anticiparsi e depositarsi nella cancelleria dalla parte che ne ha fatto la domanda, nella somma stabilita dal giudice delegato.—Quando l'accesso sia domandato da ambedue le parti, od ordinato d'ufficio, l'anticipazione e il deposito delle spese sono fatti per porzioni eguali, salvo che siasi altrimenti concordato tra le parti, o stabilito dalla autorità giudiziaria ».

In tutti questi casi, e negli altri consimili, che per brevità si omettono (1), la iscrizione della ipoteca giudiziale non è giuridicamente concepibile, perchè i provvedimenti di cui si tratta, per quanto abbiano forza di sentenza spedita in forma esecutiva, non presentano il carattere di vere sentenze, e perciò non rispondono al concetto da cui muove il legislatore nell'art. 1979 Cod. civ.

153. Nello stesso senso è da dire che non producono ipoteca i verbali di conciliazione fatti dinanzi ai conciliatori o ai pretori in

---

(1) Vogliamo ricordare, per la importanza loro, le note di collocazione spedite dal cancelliere, con approvazione del giudice delegato, nei giudizi di graduazione a favore dei creditori utilmente collocati (art. 717 Cod. proc. civ.). Queste note hanno forza di titolo esecutivo contro il compratore, ma non producono ipoteca giudiziale sopra i suoi beni (AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 265 con le autorità ivi citate alla nota 11).

conformità degli art. 7 e 417 Cod. proc. civ. (1); per quanto siffatti verbali inducano a carico di una parte l'obbligazione di pagare all'altra una determinata somma, o altra qualsiasi prestazione che possa dar luogo, ove non sia soddisfatta, ad un'azione per risarcimento di danni, non può parlarsi d'ipoteca giudiziale. Invero in questi casi l'obbligazione è contratta dinanzi al magistrato, ma non emana da una sentenza proferita da lui, mentre egli si limita a far resultare da processo verbale l'avvenuta conciliazione.

Fu deciso pure che il provvedimento col quale il pretore assegna in pagamento al creditore la somma pignorata presso il terzo, a tenore dell' art. 619 Cod. proc. civ., non produce ipoteca a carico di costui (2); ed anco questa soluzione non è dubbiosa, in quanto l'assegnazione, che si fa nel verbale di udienza, non può equipararsi a una sentenza di condanna. Soltanto se il terzo non pagasse all'assegnatario la somma dovutagli, questi potrebbe iscrivere l'ipoteca giudiziale ottenendo una sentenza (3).

154. Perchè la ipoteca possa essere iscritta occorre, come si è detto, una sentenza; è del resto indifferente la qualità dell'autorità che l'ha proferita, come è indifferente il suo grado; la legge adopera la espressione « *ogni sentenza* », la quale nella generalità sua comprende tanto le sentenze civili quanto le penali, tanto le

---

(1) Casale, 12 marzo 1885, *Giurispr. Casal.*, VIII, 250.

(2) Milano, 29 maggio 1895, *Foro it.*, X, I, 1224; Cass. Torino, 15 maggio 1884, *Giur. tor.*, XXI, 593.

(3) La Corte d'appello di Casale con sentenza 7 marzo 1881 (*Giur. Casal.*, VI, 118) decise che dà diritto alla ipoteca giudiziale il provvedimento col quale il pretore condanna il convenuto a pagare una somma all'attore, quantunque sia inserito nel registro dei processi verbali e non abbia titolo di sentenza. Basta la enunciazione di questa massima per farla ritenere errata. Un provvedimento emesso nel processo verbale d'udienza, non può avere che carattere istruttorio o provvisionale: quando ancora abbia forza esecutiva, non può avere efficacia maggiore dei provvedimenti emessi dal giudice delegato ai sensi degli art. 245, 259, 273 Cod. proc. civ. di cui più sopra abbiamo lungamente discorso.

sentenze dei giudici ordinari quanto quelle degli arbitri, dei consoli, dei tribunali amministrativi, dei collegi di probi-viri; tanto quelle di primo grado, quanto quelle di appello o di cassazione; tanto le interlocutorie, quanto le definitive; tanto quelle contradittorie, quanto quelle proferite in contumacia; tanto quelle pronunziate dalle autorità nazionali, quanto le altre emanate dalle autorità straniere. Il codice civile francese ed i codici italiani anteriori al vigente espressamente dichiaravano che la ipoteca giudiziale poteva derivare tanto dalle sentenze definitive quanto dalle provvisionali, tanto dalle sentenze proferite in contradittorio quanto dalle contumaciali; ma il legislatore italiano ha con maggiore brevità manifestato lo stesso concetto; dicendo che ogni sentenza produce ipoteca a favore di chi l'ha ottenuta, purchè abbia per oggetto una condanna, il legislatore elimina ogni dubbio in proposito.

Poteva invero sussistere qualche incertezza riguardo alle sentenze degli arbitri ed a quelle proferite dalle autorità giudiziarie straniere, ma il legislatore ha opportunamente provveduto a toglierla di mezzo, disponendo, quanto alle prime, che non producono l' ipoteca se non dal giorno in cui sono rese esecutive con provvedimento dell'autorità giudiziaria competente (art. 1972 Cod. civ.); quanto alle seconde, che non la producono sui beni situati nel regno, se non quando ne sia stata ordinata l'esecuzione dalle autorità giudiziarie italiane, salve le disposizioni contrarie delle convenzioni internazionali (art. 1973 Cod. civ.).

Tutto quello che abbiamo succintamente esposto in questo numero, riguardo alla interpretazione latissima da attribuirsi per questa parte all'art. 1970 Cod. civ., è universalmente ammesso, nè occorre soffermarsi a dimostrarlo (1); occorre piuttosto prendere in esame taluna delle proposizioni formulate di sopra, riguardo alle quali resulta non del tutto inutile qualche speciale osservazione.

---

(1) Pochintesta, *op. cit.*, I, 188 e seg.; Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, 144; Melucci, *op. cit.*, lez. VI, 3; Mirabelli, *Delle ipoteche*, pag. 41.

155. Si è accennato che non soltanto le sentenze definitive, ma anco quelle che pronunziando interlocutoriamente sulla domanda concedono un assegno provvisionale *in causam declarandam*, dànno diritto alla iscrizione della ipoteca giudiziale (1).

Ciò avviene specialmente nelle cause alimentari, nelle quali colui che ottiene la condanna del convenuto al pagamento di un assegno provvisionale in pendenza di causa, può, in virtù della sentenza, iscrivere ipoteca giudiziale pel capitale atto a produrre l'assegno accordatogli. Se poi con la sentenza definitiva la condanna vien meno, manca il titolo per conservare l'ipoteca, e l'iscrizione deve per conseguenza essere cancellata (2).

Lo stesso sarebbe a dirsi del resto, nella speciale materia degli alimenti, anco per le sentenze definitive, le quali non sono mai irrevocabili, e non hanno autorità di cosa giudicata nel senso

---

(1) Casale, 14 agosto 1884, *Annali di giur. ital.*, XIX, III, 97. Fu già osservato che il non aver ripetuto nell'art. 1970 Cod. civ. la espressione sentenze tanto definitive quanto provvisionali non può condurre all'esorbitante effetto di negare l'ipoteca giudiziale per queste ultime. La soppressione dell'espressione « *sì definitive che provvisionali* », fu proposta nel seno della commissione dal senatore Chiesi, per questo solo riflesso, che non essendovi nel Codice di procedura la definizione della sentenza provvisionale, potrebbe questo vocabolo ingenerare dubbii; e che del resto basta all'intento della legge il parlare semplicemente di sentenze portanti condanna, perchè si debba comprendere nell'articolo tanto la sentenza definitiva, quanto quella che accorda una provvisionale. La Commissione adottò la proposta, deliberando però di inserire nel processo verbale la dichiarazione che con ciò non intendeva di immutare il concetto dell'articolo, che è quello che anche una sentenza pronunziata in via provvisionale, come in materia d'alimenti e simili, produca ipoteca, purchè porti condanna al pagamento d'una somma, od abbia alcuno degli altri requisiti indicati nello stesso articolo (*Processi verbali*, XLI, 7). Nello stesso senso: Cass. Napoli, 18 luglio 1890, *Foro ital.*, Rep. 1891, V. Ipoteca, 17; Cass. Torino, 28 febbraio 1888, *Foro ital.*, Rep. 1883, V. Ipoteche, 30; Cass. Roma, 8 maggio 1894, *Foro ital.*, 1894, I, 878.

(2) Napoli, 9 ottobre 1886, *Gazz. proc.*, XXI, 251; Genova, 5 settembre 1893, *Giurista*, 1893, 327.

che l'assegno accordato può cessare o diminuire per sopravvenuta mutazione delle condizioni di chi somministra gli alimenti o di chi li riceve (art. 144 Cod. civ.).

156. Il progetto del codice sottoposto all'esame della commissione di coordinamento conteneva come i codici precedenti le parole « *ancorchè contumaciali* ». Anco queste vennero soppresse, su proposta del commissario Pallieri, come superflue; la commissione ritenne che la espressione « *ogni sentenza* », senza ulteriore aggiunta che valesse a restringerne il significato, bastasse a comprendere nella sua generalità anche le sentenze contumaciali; osservò inoltre la commissione che nel sistema rituale moderno la sentenza contumaciale è, quanto agli effetti, equiparata in tutto alle sentenze proferite in contradittorio, e che la sola differenza rimasta fra le une e le altre riguarda esclusivamente i mezzi concessi dalla legge per impugnarle, imperocchè le sentenze contumaciali vanno talvolta soggette al rimedio speciale della opposizione, mentre le sentenze proferite in contradittorio non sono mai soggette a tale rimedio (1).

Se pertanto la sentenza contumaciale venisse riformata al seguito della opposizione proposta dal debitore, verrebbe meno la ipoteca giudiziale iscritta in virtù della medesima; ma finchè ciò non avvenga, la sentenza contumaciale spiega, alla pari della contradittoria, tutto il suo effetto, e niuno può dubitare della piena validità di una ipoteca iscritta in virtù della medesima (2).

157. Per ciò che attiene alle ipoteche iscritte in virtù di una sentenza di primo grado, appena occorre avvertire che esse sono subordinate alla condizione che la sentenza sia confermata in appello. Se per conseguenza in appello è revocata la sentenza di prima cognizione, la ipoteca giudiziale che fosse stata iscritta in

---

(1) *Processi verbali*, *loc. cit.*

(2) Cass. Torino, 28 febbraio 1883, *Legge*, XXXIII, I, 765; Bologna, 9 ottobre 1890, *Riv. giur. Bol.*, 1890, 300.

virtù di quest'ultima, deve senz'altro essere cancellata (1); quando ancora alla revoca della sentenza sopravvivesse l'azione, perchè i giudici d'appello non avessero revocato la condanna per insussistenza del credito, ma si fossero limitati o ordinare nuovi mezzi istruttori (2).

Lo stesso sarebbe a dirsi se la sentenza di appello fosse annullata in sede di cassazione: al seguito della sentenza proferita dalla corte o dal tribunale di rinvio, che tornasse a pronunziare la condanna già contenuta nella sentenza cassata, potrebbe essere iscritta una nuova ipoteca giudiziale, ma quella precedentemente iscritta, venuta meno in conseguenza dell'annullamento della prima sentenza, non tornerebbe a rivivere, nè potrebbe conservare al creditore un grado da lui irremissibilmente perduto (3).

La Corte di appello di Brescia ebbe recentemente occasione di decidere la questione se il creditore il quale ha ottenuto in primo grado di giurisdizione una sentenza di condanna, possa essere tenuto al risarcimento dei danni, quando la sentenza è revocata in ap-

---

(1) Venezia, 12 ottobre 1880, *Monit. trib. Mil.*, XXI, 674.

(2) Casale, 19 luglio 1892, *Giur. Cas.*, 1892, 668. La Corte d'appello di Genova decise il contrario in una sentenza del 23 luglio 1881 (*Eco giur.*, VI, I, 40); osservò la Corte che essendo l'ipoteca giudiziale un provvedimento conservativo, il fatto che il giudice di appello, revocando la sentenza di primo grado, manda a istruirsi ulteriormente la causa, non fa luogo alla cancellazione. Ma la opinione espressa nel testo ci sembra indubbiamente da accogliersi: il fatto che la ipoteca giudiziale è un provvedimento conservativo, non può condurre all'assurda conseguenza di spiegare la sua efficacia e di continuare a sussistere dopo la revoca della sentenza in virtù della quale è stata iscritta.

(3) Ciò si argomenta implicitamente da una sentenza proferita, ad altri effetti, dalla Corte d'appello di Torino li 16 gennaio 1883 (*Annali di giurispr. it.*, XVII, III, 376): « l'iscrizione ipotecaria dell'11 febbraio 1881 è caduta da sè per mancanza di appoggio, e qualunque sia per essere il giudizio della corte di rinvio di Genova sulla questione di merito che divide le parti, fosse pure conforme a quello delle Corte di Casale, che pronunziò la sentenza cassata, non sarà mai che possa rivivere quell'iscrizione stata presa in forza di quest'ultima sentenza ridotta al nulla ed improduttiva di qualunque effetto ».

pello, per avere iscritta l'ipoteca giudiziale prima ancora che la sentenza dei primi giudici fosse notificata ; la Corte giustamente osservò che la responsabilità del danno non può derivare dall'avere iscritto la ipoteca, che è l'esercizio di un diritto, bensì dalla colpa, ossia dall'averla iscritta ingiustamente, conoscendo la insussistenza del credito dichiarato dai primi giudici e sapendo per conseguenza quale sarebbe stato per essere l'esito del giudizio d'appello (1).

La materia è tutta di fatto e di apprezzamento e non consente regole assolute.

In tesi generale la iscrizione della ipoteca in virtù di sentenza non per anco passata in giudicato, rappresenta l'esercizio di un diritto, e non può per conseguenza dar luogo a risarcimento di danni; ma possono darsi dei casi nei quali l'apprezzamento del giudice porti al resultato opposto. Colpa del creditore, e conseguente responsabilità, vi sarebbe di certo ove questo, avendo iscritto l'ipoteca in virtù della sentenza di primo grado, si ostinasse a tenerla ferma e non si prestasse a consentirne la cancellazione dopo che gli viene notificata la sentenza di revoca proferita dal giudice di appello.

158. Anco la sentenza nulla per incompetenza del giudice che l'ha pronunziata, per vizio di forma, o per altro motivo qualsiasi, è titolo idoneo per iscrivere l'ipoteca, imperocchè il conservatore al quale viene presentata per eseguire la iscrizione non può nè deve farsi giudice della nullità sua; non è però una simile sentenza titolo idoneo per conservare la ipoteca che fosse stata iscritta, la quale dovrà essere cancellata, tosto che la nullità della sentenza sia dichiarata con sentenza passata in giudicato. Se anco il creditore, in virtù dello stesso titolo di credito, ottenesse una nuova sentenza dal giudice competente, o una sentenza immune dai vizi che hanno reso nulla la prima, non potrebbe valersi del grado

(1) Brescia, 27 dicembre 1893, *Monit. trib. Mil.*, 1894, 130.

della ipoteca precedentemente iscritta, la quale non può dalla sentenza posteriore essere convalidata.

Per ciò che riguarda la incompetenza, alcuni scrittori francesi avevano creduto di poter distinguere secondo che si trattava di incompetenza *ratione materiae* o di incompetenza *ratione personae*, ammettendo che nel concorso della prima l'ipoteca non potesse essere iscritta (1); ma la distinzione è stata giustamente censurata per la ragione che per la iscrizione della ipoteca basta la esibizione di una sentenza al conservatore (2), il quale non può estendere le sue indagini alla intrinseca validità del documento, e deve limitarsi a conoscere della forma esteriore.

159. Fra le sentenze che dànno diritto a iscrivere la ipoteca giudiziale abbiamo di sopra annoverato le sentenze proferite all'estero dai consoli e dai tribunali consolari in quei paesi nei quali per i trattati in vigore è ammessa la loro giurisdizione (3).

Queste sentenze sono da equipararsi in tutto e per tutto a quelle proferite dai tribunali ordinari, e rientrano per ciò nel ge-

---

(1) TROPLONG, *op. cit.*, 445; MERLIN, *Rep.* v. *Hypothèques*, sez. 2ª, § 2, articolo 4.

(2) PONT, *op. cit.*, XI, 578.

(3) Art. 86 Cod. proc. civ.; legge consolare 28 gennaio 1866 n. 2804; regolamento relativo 7 giugno 1866 n. 2966. In virtù della citata legge il console risolve come giudice unico inappellabile le controversie di qualunque natura il cui valore non ecceda le lire 500, purchè le parti siano nazionali, o lo sia il convenuto, ove però, in questo secondo caso, non ostino gli usi locali (art. 77); le controversie di maggior somma, purchè non riguardino lo stato civile delle persone, sono devolute ai tribunali consolari (art. 78, 79 legge cit.). Ciò bene inteso in quei paesi ed in quei casi in cui i trattati, o gli usi, acconsentano ai consolati una giurisdizione riguardo ai nazionali (art. 65 legge cit.). Ciò avviene soltanto nell'Impero Ottomano per le capitolazioni 25 ottobre 1832, rimaste tuttora in vigore per lo stato imperfetto della legislazione e della giurisdizione turca. Su ciò, e sui tribunali misti egiziani, le cui sentenze sono da equiparare, all'effetto della ipoteca giudiziale, a sentenze straniere, cons. MATTIROLO, *Diritto giudiziario*, I, 414 e seg.

nerico disposto dell' art. 1970 Cod. civ. (1); i funzionari che le pronunziano sono funzionari dello Stato ed amministrano la giustizia in nome del Re (2); le loro pronunzie sono per conseguenza obbligatorie nel regno, senza che occorrano speciali formalità per renderle esecutorie; soltanto è necessaria la loro legalizzazione da eseguirsi dal ministero degli affari esteri, ovvero dai funzionari a ciò delegati (3); per conseguenza i conservatori delle ipoteche potrebbero rifiutarsi d'iscrivere l' ipoteca ove la sentenza consolare che venisse loro esibita non portasse la legalizzazione prescritta dalla legge (4); se però l' iscrizione fosse stata eseguita, il difetto di legalizzazione della sentenza non nuocerebbe alla validità della ipoteca.

160. Le sentenze dei tribunali amministrativi, come i consigli di prefettura, la corte dei conti, le giunte provinciali amministrative, la quarta sezione del consiglio di Stato, purchè contengano condanna al pagamento di una somma di danaro, alla consegna di cose mobili o all'adempimento di una obbligazione che possa risolversi nel risarcimento dei danni, attribuiscono esse pure il diritto alla iscrizione della ipoteca giudiziale.

Quanto alle giunte provinciali e alla quarta sezione del consiglio di Stato, la proposizione sopra enunciata non ha bisogno di essere dimostrata dopo che, con le recenti leggi sulla giustizia am-

---

(1) Il Codice albertino conteneva una apposita disposizione in questo senso: Art. 2182: « Le sentenze legalmente pronunziate dai regi consoli nei paesi dove sono stabiliti, conferiranno ipoteca sopra i beni situati nello Stato, nel modo stesso che la producono le sentenze emanate dai tribunali dell'interno ». La disposizione non fu riprodotta nel Codice civile come superflua (POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 189); ed errerebbe grandemente chi volesse dare alla soppressione di essa un significato diverso.

(2) Art. 240 cit. regolam.

(3) Art. 179 legge cit.

(4) Il citato articolo dispone che le sentenze consolari non possono venire ammesse dalle autorità del regno se prima non sono state legalizzate; è la legalizzazione che dà loro la voluta autenticità (Cass. Roma, 7 marzo 1876, *Giurispr. tor.*, XIII, 385).

ministrativa, fu attribuita a questi corpi giudicanti la giurisdizione contenziosa che la legge sul contenzioso amministrativo 20 marzo 1865 aveva riservato ai tribunali ordinari (1); le giunte e la quarta sezione emettono delle decisioni che sono da equipararsi alle sentenze dei tribunali, ed hanno, nelle materie devolute alla loro speciale competenza, eguale efficacia giuridica.

Ma anco per ciò che attiene alle decisioni dei consigli di prefettura e della corte dei conti in materia di conti dei tesorieri comunali e provinciali, la proposizione sopra enunciata non può incontrare obiezioni. Invero l'art. 257 della vigente legge comunale e provinciale attribuisce ai consigli di prefettura e alla corte dei conti una giurisdizione contenziosa in queste speciali materie; le loro pronunzie hanno per ciò carattere di sentenza, e, ove contengano condanna al pagamento di somme, dànno all'ente creditore il diritto d'iscrivere l'ipoteca giudiziale (2).

---

(1) Legge 1 maggio 1890, n. 6837 sulla giustizia amministrativa; legge 31 marzo 1889 n. 5992 sul consiglio di Stato.

(2) Cons. di Stato, 12 marzo 1886, *Legge*, 1887, I, 141; Cons. di Stato, 22 aprile 1877, *Giurispr. it.*, 1888, IV, 114; Cass. Roma, 12 luglio 1894, *Foro it.*, 1894, I, 1027; Cass. Firenze, 18 luglio 1895, *Annali di giurispr. it.*, 1895, I, 1, 347. Giova riportare le considerazioni di quest' ultimo giudicato: « Attesochè del pari la Corte di merito avendo ritenuto dietro incensurabili rilievi che il decreto in discorso contenesse condanna degli stessi ricorrenti a pagare come eredi del loro padre la suddetta somma ed interessi, mal si pretende violato l'art. 1976 Cod. civ. per essersi riconosciuta validamente iscritta dal creditore comune di Tambre la ipoteca giudiziale sopra immobili loro spettanti. È stato ormai più volte deciso che i decreti dei consigli di prefettura, che pronunziano condanne a pagamento, sono parificabili alle vere e proprie sentenze dell'autorità giudiziaria ordinaria, con la differenza che si aggirano su materia esclusa dalla competenza dei tribunali ordinari, di guisa che non vi sarebbe ragione che non godessero, come le altre, della garanzia dell'ipoteca. E d'altronde il legislatore nel succitato art. 1970, lungi dall'esprimere limitazione che possa riferirsi a dette pronunzie dei consigli di prefettura, sancisce che produce ipoteca sui beni del debitore *ogni sentenza* portante condanna al pagamento di una somma.

La Corte di cassazione di Firenze ha recentemente attribuita siffatta efficacia a un decreto prefettizio, che ordinava il pagamento di una somma agli amministratori di una fabbriceria resultati debitori verso l'ente amministrato al termine della loro gestione (1); la decisione, che può forse giustificarsi per la ragione che le fabbricerie venete sono rette da leggi speciali, le quali parificano i loro amministratori ai tesorieri comunali (2), dà luogo a qualche dubbio sulla sua fondatezza pel modo vago e indeterminato in cui è formulata. Per quanto il prefetto, emanando il decreto, avesse agito, come rileva la Corte, nella sua sfera di azione ed a forma di legge, non ci sembra possa dirsi che egli avesse spiegato una giurisdizione contenziosa, e che perciò il suo decreto potesse equipararsi a una sentenza. L'art. 257 della legge comunale e provinciale invocato nella sentenza, riguarda le decisioni dei consigli di prefettura e della corte dei conti, non i decreti dei prefetti. Il prefetto poteva accertare col suo decreto, come accertò, il debito degli amministratori; ma dal momento che questi si opponevano al pagamento della somma, non potevano essere condannati a pagarla che dai tribunali ordinari; giustamente la erede di uno dei debitori aveva pertanto convenuto in giudizio il sub-economo dei benefizi vacanti, rappresentante della fabbriceria, per sentir dichiarare che la ipoteca giudiziale era stata iscritta senza titolo, e che doveva essere cancellata; giustamente il tribunale di Belluno aveva accolto la domanda; la contraria decisione della Corte d'appello di Venezia, confermata dalla Corte suprema fiorentina, non ci sembra meritevole di approvazione.

161. I collegi dei probi-viri, istituiti nei luoghi nei quali esistono fabbriche o imprese industriali per la conciliazione delle controversie che possono sorgere fra intraprenditori, operai e apprendisti, hanno competenza non soltanto per il componimento ami-

---

(1) Cass. Firenze, 29 luglio 1895, *Annali di giur. it.*, 1895, I, 1, 409.

(2) Decreto 30 decembre 1809.

chevole delle controversie medesime, ma anco per deciderle con provvedimento definitivo e non soggetto ad appello, eccetto che per motivi d'incompetenza o per eccesso di potere, quando il valore della controversia non eccede le lire duecento (1).

Se le parti compariscono avanti l'ufficio di conciliazione, e la vertenza è composta amichevolmente, il processo verbale destinato a far fede della conciliazione avvenuta, non produce ipoteca; per quanto una delle parti sia obbligata, in virtù del medesimo, a pagare una somma all'altra parte, o abbia assunto col medesimo una obbligazione che possa risolversi nel risarcimento dei danni (2); ma se la conciliazione non riesce, e la controversia è risoluta dalla giurìa in sede contenziosa, il provvedimento che viene emanato riveste il carattere di sentenza definitiva e serve per ciò di titolo per la iscrizione ipotecaria (3).

162. Se le parti interessate in una controversia hanno derogato mediante compromesso alla giurisdizione dei tribunali ordinari, e attribuita la facoltà di risolverla a un collegio di arbitri, o ancora ad un arbitro unico, non è in virtù della sentenza arbitrale, per quanto contenente condanna ad una delle prestazioni indicate nell'art. 1970 Cod. civ., bensì in virtù del decreto del pretore che rende esecutiva tale sentenza in conformità dell'art. 24 Cod. proc. civ., che può essere iscritta la ipoteca giudiziale (articolo 1972 Cod. civ.).

Tutte le legislazioni moderne si accordano generalmente nello stabilire che la sentenza degli arbitri non possa avere quella medesima forza che è attribuita alle sentenze dei giudici ordinari, se non è munita di *exequatur* rilasciato dall'autorità giudiziaria (4);

(1) Legge 15 giugno 1893, n. 295, art. 1, 9, 11.

(2) L'art. 41 della legge dispone che i processi verbali di seguìta conciliazione sono titoli esecutivi; ma ciò non basta per argomentare che possano servire di titolo ad iscrivere la ipoteca giudiziale.

(3) Art. 41 capov. della legge.

(4) MATTIROLO, *Diritto giudiziario*, I, 676 seg. con le legislazioni ivi citate.

questo principio non è applicato soltanto agli effetti esecutivi: lo è ancora allo speciale effetto conservativo, consistente nella iscrizione della ipoteca nascente *ope legis* dal giudicato. Soltanto in virtù del decreto pretoriale, emanato in nome del Re, le sentenze arbitrali acquistano di fronte alle parti e di fronte alle autorità dello Stato efficacia obbligatoria. È vero che il magistrato, rilasciando il decreto di esecutorietà, non esercita atto di cognizione e d'impero, ma bensì semplice atto di autorizzazione esteriore e di complemento (1); ma è autorizzazione indispensabile, complemento necessario, perchè la sentenza degli arbitri esca dal dominio privato, nel quale si è svolto il giudizio, per entrare nel dominio pubblico.

È poi indifferente che la sentenza arbitrale sia soggetta ad appello o inappellabile, che siano decorsi o no i termini per proporre l'appello o la domanda di nullità; l'ipoteca può essere iscritta in ogni caso, sempre che la sentenza contenga una pronunzia implicante condanna ai sensi del citato art. 1970 Cod. civ. Se però l'ipoteca è iscritta in virtù della sentenza arbitrale prima che siano decorsi i termini per appellare, o per proporre la domanda di nullità, essa è naturalmente soggetta ad estinzione, ove la condanna non venga definitivamente confermata e non acquisti per conseguenza la forza di cosa giudicata.

163. Abbiamo più sopra riportato la disposizione dell'articolo 1973 Cod. civ. in virtù della quale le sentenze pronunziate dalle autorità giudiziarie straniere non producono ipoteca se non quando al seguito di giudizio di delibazione hanno ottenuto dalla corte d'appello, nella cui giurisdizione debbono essere eseguite, la forza esecutiva che loro manca; l'articolo aggiunge l'inciso « salve le disposizioni contrarie delle convenzioni internazionali », allo scopo di non vincolare eccessivamente l'azione dei pubblici poteri, ai quali deve essere consentito, ove lo esigano le convenienze in-

---

(1) *Relazione Vacca* al Re sul codice proc. civ.

ternazionali, di consentire, sotto la condizione della più perfetta reciprocità, che le sentenze proferite in uno Stato producano ipoteca sui beni situati nell'altro, indipendentemente dall'adempimento delle formalità dirette ad attribuire alle medesime la forza esecutiva. Se una convenzione in questo senso non sarebbe neppur concepibile quanto alla esecuzione delle sentenze straniere, non potendo l'esecuzione forzata aver luogo se non in virtù di un titolo esecutivo, per ciò che riguarda la iscrizione dell'ipoteca giudiziale può senza danno ritenersi il contrario. Infatti la iscrizione della ipoteca giudiziale è provvedimento meramente conservativo, che lascia intatte ed inalterate le ragioni delle parti; mentre non potrebbe consentirsi che un usciere, in virtù di una sentenza straniera non dichiarata esecutoria nel regno, procedesse ad atti esecutivi che cagionano danni irreparabili, può invece essere consentito che il conservatore delle ipoteche sia tenuto ad iscrivere una ipoteca giudiziale in virtù di una sentenza straniera non peranche dichiarata esecutoria, semprechè sia legalizzata a forma di quanto dispone la legge consolare.

È però da avvertire che la sentenza straniera non potrebbe produrre l'ipoteca sui beni situati nel regno se non con questa duplice condizione: che cioè, da una parte, contenga i caratteri ed i requisiti intrinseci necessari a produrre ipoteca, *secondo il disposto del nostro art.* 1970, quantunque, nello Stato in cui è pronunziata, quella sentenza sia operativa d'ipoteca anche all'infuori di quei termini; e dall'altra parte, essa deve possedere l'efficacia produttiva d'ipoteca nello Stato in cui è pronunziata, secondo le leggi in esso vigenti. Perocchè la sentenza straniera, come non può produrre nel nostro Stato un effetto, che quivi non possa produrre la nostra sentenza; così non può acquistare nel nostro Stato un effetto, che non le appartiene nel suo Stato, quantunque la nostra sentenza l'abbia nel nostro. Epperò una sentenza dell'autorità giudiziaria francese, portante condanna all'adempimento in genere di una obbligazione *che non si possa risolvere nel risarcimento dei dan-*

ni, non produrrà l' ipoteca giudiziale sui beni del debitore situati in Italia; e la sentenza dell'autorità giudiziaria belga, benchè portante condanna a pagamento di una somma, nemmeno produrrà la ipoteca sui beni del debitore situati in Italia. Nel primo caso alla sentenza manca un requisito che il nostro codice richiede per la ipoteca giudiziale; nel secondo, manca alla sentenza la virtù originaria di produrre ipoteca, la legge belga non attribuendole siffatta virtù (1).

164. Dai principii esposti nel precedente numero, e sanzionati dalla giurisprudenza (2), si è discostata la Corte di appello di Lucca con due conformi giudicati nei quali fu ritenuto che la iscrizione di una ipoteca, dovendosi considerare come atto puramente conservativo, può validamente accendersi anco in forza di giudicati stranieri non ancora dichiarati esecutori nel regno (3).

---

(1) MELUCCI, *op. cit.*, lez. VI, 4.

(2) Catanzaro, 14 aprile 1882, *Gazz. proc.*, XVII, 406.

(3) Con una prima sentenza del 25 giugno 1878 (*Annali di giur. ital.*, 1878, III, 237) la Corte ebbe a fondarsi sopra l' art. 22 di un antico trattato concluso tra la Francia e la Sardegna nel 24 marzo 1860, confermato ed esteso a tutta Italia con la dichiarazione del 1° settembre 1860: con una seconda sentenza del 2 febbraio 1882 (*Foro ital.*, 1882, I, 850) la Corte si limitò a ritenere che la facoltà d'iscrivere la ipoteca indipendentemente dalla esecutorietà concessa alla sentenza straniera, derivi dalla natura meramente conservativa dell'atto senza neppure far cenno di una speciale convenzione internazionale in questo senso. Ciò è manifestamente contrario tanto al principio generale proclamato nell'art. 10 del titolo preliminare al Codice civile, quanto al principio particolare sancito nell'art. 1973 dello stesso Codice. Ma anche la prima decisione non ci sembra immune da censura, perchè l' art. 22 del trattato 24 marzo 1860 non risolve la questione: infatti esso si limita a dichiarare che « de la même manière que les hypothèques établies en France par actes publics, ou judiciaires sont admises dans les tribunaux de Sa Majestè le Roi de Sardaigne, l'on aura aussi pareil égard dans les tribunaux de France pour les hypothèques qui seront constituées à l'avenir par contrats publics, soit par ordonnances ou jugements dans les états de S. M. le Roi de Sardaigne ». La generica locuzione di quest' articolo non esclude la necessità della delibazione,

Con ciò la Corte venne a porsi in aperta contradizione col testo della legge; dicendo questo che le sentenze straniere non producono ipoteca sui beni situati nel regno, *se non quando* ne sia stata ordinata l' esecuzione, dimostra in modo evidente che non ostante la natura puramente conservativa della iscrizione, il legislatore non ha creduto opportuno di prescindere dalla condizione alla quale la esecuzione è d'ordinario subordinata.

La ipotesi di una efficacia condizionale della ipoteca, come se cioè fosse iscritta e destinata a valere a condizione che il giudicato venga poi reso esecutorio, non merita accoglienza; la legge dice che le sentenze non rese esecutorie non producono ipoteca: come può intendersi la disposizione nel senso diametralmente opposto, che producano una ipoteca condizionale?

165. Resta da esaminare un' ultima questione: le sentenze proferite dagli arbitri stranieri e dichiarate esecutorie dalle autorità giudiziarie straniere nelle forme a tale oggetto richieste nello Stato in cui furono proferite, possono servire di titolo per iscrivere ipoteca giudiziale sopra i beni immobili situati nel regno?

Nel silenzio della giurisprudenza, la quale, per quanto è a nostra notizia, non ha avuto occasione di risolvere la controversia, due contrarie opinioni sono state manifestate dagli scrittori. Il Pochintesta ha espresso l' opinione affermativa: il silenzio della

---

specialmente se si considera che nella convenzione consolare fra la Francia e l' Italia, approvata con legge 26 luglio 1862 n. 832, non si fa parola della iscrizione della ipoteca giudiziale. È poi da notare che nelle convenzioni consolari riportate dal PALMA nel suo volume dei *Trattati e convenzioni in vigore fra il regno d'Italia e i governi esteri* (nella *Raccolta delle leggi speciali*, edita dall'Unione tipografico-editrice, 8ª serie volume unico) non è mai accennato ad una speciale deroga al principio contenuto nell' art. 1973 Cod. civ.; sembra quindi che l' inciso « salve le disposizioni contrarie delle convenzioni internazionali » non sia per adesso produttivo di pratici effetti. Anco il DE ROSSI, in una breve nota apposta alla seconda delle citate decisioni, ritiene preferibile la opinione che nega la ipoteca giudiziale alle sentenze straniere non delibate (*Foro ital.*, *loc. cit.*).

legge, dice questo scrittore, non può essere interpretato nel senso che le sentenze pronunciate all'estero da arbitri stranieri non producano mai l' ipoteca giudiziale sopra i beni situati nello Stato, imperocchè converrebbe supporre che la legge avesse voluto negare alle sentenze arbitrali pronunziate all'estero la esecuzione nel regno, supposizione questa che a parere di quello scrittore è destituita di fondamento; quando siffatte sentenze sono state dichiarate esecutorie nello Stato in cui furono proferite, sono da considerare come sentenze proferite dalla stessa autorità giudiziaria di quello Stato; rese per ciò esecutive nel regno, nel modo prescritto per le sentenze delle autorità giudiziarie straniere, possono servire di titolo per iscrivere nel regno l' ipoteca giudiziale (1).

Altri distinguono: se, giusta le leggi della nazione in cui la pronuncia arbitrale è emessa, l' arbitrato è obbligatorio, in tale ipotesi, la pronuncia deve considerarsi come emanata da autorità straniera, ed è quindi produttiva d' ipoteca sui beni situati nello Stato; allorchè le si è accordata esecuzione dalle competenti autorità giudiziarie del regno. Ma se, giusta le stesse leggi, è facoltativo il ricorrere al giudizio degli arbitri, il loro lodo non può avere nel nostro territorio altra forza che quella attribuita ad una convenzione; quindi, non trattandosi nella specie di una sentenza, l'ipoteca giudiziale non compete (2).

---

(1) POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 190. Lo stesso scrittore scende nella soluzione opposta nell'altro caso in cui la sentenza degli arbitri stranieri non sia stata munita del decreto di esecutorietà nello Stato in cui fu proferita: « Nel secondo caso, siccome la disposizione che vuole che le sentenze arbitrali siano rese esecutive per decreto del pretore, riguarda le sentenze pronunziate nel regno, e non è da ammettersi che alle sentenze arbitrali pronunziate all'estero siasi voluto attribuire l'effetto, non concesso alle sentenze arbitrali pronunziate nel regno, di produrre l'ipoteca giudiziale prima di essere rese esecutive, non potrà in base alle dette sentenze arbitrali iscriversi l'ipoteca giudiziale ».

(2) RICCI, *Diritto civile*, X, 177; PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, 1, 144. La distinzione ha avuto origine da quanto insegna il PONT (*op. cit.*, XI, 587) sulla

Reputiamo che le due opinioni siano egualmente da respingersi : la disposizione la quale ammette che le sentenze portanti condanna producono ipoteca sui beni del debitore, forma eccezione alla regola generale che i beni di quest' ultimo sono comune garantia di tutti indistintamente i suoi creditori e non può per conseguenza estendersi oltre i casi in essa espressi; la sentenza degli arbitri non è una vera sentenza, è piuttosto una transazione, posta in essere per mezzo di mandatari, anzichè per diretto accordo delle parti transigenti; l' arbitro non è un giudice, è un privato compositore di un privato litigio, sprovveduto di giurisdizione, munito soltanto dell' autorità che gli deriva dal compromesso (1).

Ciò posto, che produca ipoteca giudiziale la sentenza proferita nel regno da arbitri ivi nominati, quando è dichiarata esecutoria nelle forme stabilite dal codice di procedura civile, è indubitato, dal momento che ciò è dichiarato espressamente dall'art. 1972 Codice civile; per accordare un simile effetto alle sentenze degli arbitri stranieri, occorre attribuire a questo articolo una interpretazione estensiva, non consentita dalla sua natura affatto eccezionale, oppure equiparare, come si è fatto, le sentenze degli arbitri stranieri, che l'autorità giudiziaria straniera si è limitata a dichiarare esecutorie, alle vere e proprie sentenze proferite da questa stessa autorità, forzando così la interpretazione dell' art. 1973 Cod. civ.

È evidente la giuridica infondatezza di ambedue questi espe-

---

scorta di una sentenza della Corte di cassazione francese del 16 giugno 1840 (*Journ. du Pal.*, à sa date): però il caso contemplato dalla sentenza e dal PONT è diverso da quello configurato dai citati scrittori. Questi parlano di arbitrato obbligatorio per legge; in quel caso invece si trattava di un arbitro al quale la decisione della controversia era stata deferita da un tribunale straniero, e si ritenne che la pronunzia dell' arbitro dovesse considerarsi come emanata dallo stesso tribunale che gli aveva conferita la facoltà di risolvere la controversia. La soluzione è del resto assai discutibile, essendo risaputo che non può essere delegata la giurisdizione.

(1) Osserva il TROPLONG (*op. cit.*, 453) che il CUJACCIO ebbe a dire sulla L. 1 D. *De recept.* « *Horum proprie judicium non est* ».

dienti ». È infondato il primo, perchè le parole « sentenze degli arbitri », « autorità giudiziaria competente », adoperate dal legislatore nell' art. 1972 Cod. civ., indubbiamente si riferiscono a sentenze proferite nel regno e ad autorità giudiziarie del regno, mancando la qualifica di straniere che solo varrebbe ad estenderne il significato, siccome avviene nel successivo articolo. È infondato il secondo, perchè le sentenze degli arbitri non sono, come già si è osservato, vere sentenze: se lo fossero, l' art. 1972 sarebbe superfluo perchè a far nascere il diritto all' ipoteca, quando sono proferite nel regno, sarebbe sufficiente la generica dizione « ogni sentenza » contenuta nell'art. 1970 Cod. civ.

È a parer nostro un manifesto errore lo affermare che il decreto di esecutorietà valga ad equiparare la sentenza proferita dagli arbitri a una vera e propria sentenza dell'autorità giudiziaria; quel decreto non fa altro che attribuire al giudizio arbitrale, opera di privati, la stessa forza esecutiva che è concessa dalla legge agli atti pubblici notarili; e come non produce ipoteca giudiziale un atto pubblico, non la può produrre una sentenza arbitrale straniera, che non è una sentenza; la produce per eccezione la sentenza arbitrale proferita nel regno e dichiarata esecutoria dal pretore; ma le eccezioni non possono estendersi da caso a caso.

D'altra parte non è da ammettere la distinzione fra arbitrato obbligatorio per legge e arbitrato volontario; anche l'arbitrato obbligatorio non cessa di essere un giudizio eccezionale, in cui la sentenza è proferita da giudici privati, e non è perciò una sentenza, nè può, nel silenzio della legge, dar luogo alla ipoteca giudiziale (1).

---

(1) La questione esaminata nel testo è connessa con l' altra più generale consistente nel decidere se le sentenze proferite all' estero da arbitri stranieri siano soggette a giudizio di delibazione secondo l' art. 941 Cod. proc. civ. o possano soltanto essere considerate come atti autentici ricevuti in paese estero, ai quali è data forza esecutiva nelle forme stabilite nell' art. 944 dello stesso codice. L' AMAR (*Giudizi arbitrali*, 206) si diffonde in copiose considerazioni

§ 2.

Seconda condizione.

SOMMARIO

166. La sentenza deve portare condanna. Differenza fra il Codice civile italiano e le legislazioni precedenti — 167. Estremi della condanna. Osservazioni generali in proposito — 168. Divisione della materia.

166. Occorre in secondo luogo, perchè la sentenza produca ipoteca, che essa porti condanna; la sentenza che si limitasse a dichiarare l'esistenza o la validità di una obbligazione, senza condannare il debitore all'adempimento della medesima, non potrebbe pel Codice nostro attribuire al creditore il diritto ad iscrivere l'ipoteca giudiziale. In questo senso osservammo già la differenza che passa fra la legislazione nostra e le precedenti, modellate sul Codice francese (sopra n. 147); mentre per queste bastava che il giudicato, se non portava condanna attuale contenesse almeno il germe di una condanna futura ed eventuale (1), pel Codice ita-

per dimostrare che sono soggette a delibazione come vere sentenze; ma a noi sembra preferibile la opinione contraria propugnata dal De Rossi (*La esecuzione delle sentenze e degli atti delle autorità straniere secondo il codice di procedura italiano*, Livorno, 1876). Per ammettere la opinione del primo dei citati scrittori bisogna interpretare la espressione « sentenze delle autorità giudiziarie straniere » adoperata dal legislatore nel citato art. 941 in un senso improprio non consentito nè dalla lettera, nè dallo spirito della legge. Le indagini che la Corte d'appello è chiamata a fare nel giudizio di delibazione, sulla citazione, sulla rappresentanza e sulla contumacia delle parti, sono incompatibili col modo in cui si svolgono i giudizi arbitrali, tanto che lo stesso Amar è costretto a confessare che l'esame prescritto dall'art. 941 Cod. proc. civ. « non potrebbe essere rigorosamente seguito ».

(1) Pont, *op. cit.*, XI, 575.

liano la condanna attuale è condizione indispensabile perchè la ipoteca possa essere iscritta (1).

Così per esempio la sentenza che sulla istanza di un coerede ordina in contradittorio degli altri coeredi la formazione dello stato attivo e passivo della eredità, onde procedere poi alla divisione dei beni ereditari (2), quella che assolvendo il convenuto dalla osservanza del giudizio formula un riservo a favore dell'attore (3), quella che pur riconoscendo l'esistenza di un danno in genere ordina una ulteriore istruttoria della causa (4), quella finalmente che pronunziando sul deliberamento di un immobile al pubblico incanto ordina al terzo possessore di rilasciarlo all'aggiudicatario riservando l'azione d'indennità (5); tutte insomma quelle pronunzie le quali, pur riconoscendo in modo più o meno esplicito l'esistenza della obbligazione, non condannano il debitore ad adempirla, non producono l'ipoteca giudiziale sui beni di quest'ultimo (6).

La differenza fra i due sistemi legislativi non è però così sensibile come a prima vista potrebbe sembrare: la realtà delle cose s'impone, ed essendo la ipoteca diritto di assicurazione del credito, essa può sorgere dal giudicato, anche con la formula generica del Codice francese, allora soltanto quando il giudicato, se pur non contiene esplicita e formale condanna al pagamento della prestazione relativa, ne riconosce la esistenza (7). Per questo fu ritenuto, anche sotto l'impero del Codice francese, che le sentenze

---

(1) Roma, 9 aprile 1884, *Legge*, XXV, I, 1895. V. ancora la sentenza della Corte d'appello di Lucca citata di sopra a p. 254, nota 2.

(2) Bologna, 30 giugno 1887, *Giurispr. it.*, 1887, II, 564.

(3) Casale, 30 giugno 1888, *Giurispr. casal.*, VIII, 250.

(4) Venezia, 28 dicembre 1888, *Annali di giurispr. it.*, XXIII, III, 51.

(5) Cass. Torino, 22 dicembre 1873, *Monit. trib. Mil.*, XV, 107, sebbene per la evizione sofferta il terzo possessore abbia ragione di promuovere contro il venditore l'azione di risarcimento.

(6) Venezia, 12 maggio 1892, *Temi veneta*, 1892, 368.

(7) Pont, *op. cit.*, XI, 574.

che ordinano l'intervento in causa (1), quelle che nominano il curatore di una eredità giacente, l'amministratore dei beni di un assente, o il curatore provvisorio di un interdicendo (2), quelle che rinviano dinanzi a periti od arbitri per una dispunzione di conti (3), e simili (4), non producono l'ipoteca.

Deriva da ciò che la riforma in proposito adottata dal legislatore italiano, sulla scorta della legge ipotecaria toscana, può considerarsi piuttosto come un passo lodevole verso l'abolizione dell'ipoteca giudiziale, che come una profonda e sostanziale modificazione delle norme regolatrici di questo istituto.

Ciò si fa vie più manifesto per poco che si osservi come la giurisprudenza dei nostri tribunali tende in più modi ad estendere i casi di applicazione dell'art. 1970 Cod. civ. Più volte è stato deciso che la espressione « sentenza portante condanna » non rende necessaria una formula sacramentale; e si sono ammesse espressioni equipollenti, purchè resulti dalle medesime, non soltanto la esistenza della obbligazione, ma altresì la necessaria conseguenza che il debitore è tenuto ad adempierla (5); è stato deciso ancora che basta una condanna implicita, come nel caso in cui una sentenza respinga l'opposizione al precetto (6), o nel caso in cui venga

(1) Toulouse, 30 juin 1840, DALLOZ, *Period.*, XLI, II, 82.

(2) TROPLONG, *op. cit.*, 440.

(3) Paris, 26 dicembre 1844, *Sirey*. XLV, II, 174; Bordeaux, 26 marzo 1834, *Sirey*, XXXIV, II, 186; Cass., 8 dicembre 1857, *Journal du Palais*, 1858, 141.

(4) PONT, *loc. cit.*

(5) Casale, 14 agosto 1884, *Annali di giur. it.*, XIX, III, 97; Cass. Napoli, 19 dicembre 1889, *Legge*, 1890, II, 121; Cass. Firenze, 18 agosto 1890, *Legge*, 1890, II, 583; MIRABELLI, *op. cit.*, p. 41, ammette come espressioni equipollenti: « *Dichiara Tizio obbligato a dare — tenuto a pagare a Caio la somma di . . . . — Dichiara essere Caio nel diritto di esigere la somma di . . . .* » Su ciò non cade dubbio; basta ricordare il noto insegnamento d' Ulpiano: « *In sententiis sufficit si expresserit judex summam, solvique jusserit, vel praestari, vel quo alio verbo hoc significaverit* » (L. 59 D. *De re judicata*).

(6) Casale, 10 giugno 1887, *Giurispr. casal.*, VII, 250; questa decisione,

omologato un concordato fra il fallito ed i suoi creditori (1), o nell'altro in cui è dichiarato l' obbligo del soddisfacimento di determinati oneri religiosi a carico del patrono che ha svincolato un benefizio (2).

Mentre non esitiamo ad accettare la prima di queste massime, che ammette le espressioni equipollenti, riteniamo si debba andar cauti nell'accoglienza della seconda, in virtù della quale una condanna implicita sarebbe sufficiente a produrre la ipoteca giudiziale: possono esservi dei casi nei quali il semplice riconoscimento della esistenza di una obbligazione, implica l'obbligo di

---

indubbiamente giusta in diritto francese, in ordine al quale è stato più volte giudicato in questo senso (Nimes, 5 janvier 1831, Paris, 10 août 1850 citate da Pont, *loc. cit.*) non sembra conforme al testuale disposto del nostro art. 1970. Di ciò si ha una riprova nella sentenza della Corte d'appello di Bologna del 5 dicembre 1885, *Giurispr. it.*, 1886, I, 2, p. 1 nella quale fu ritenuto che non fosse atta a produrre ipoteca una sentenza che aveva respinto l'azione di nullità proposta, per pretesa mancanza di causa legittima, dal debitore di cambiali prima che queste fossero scadute; la Corte mosse principalmente dalla considerazione che le cambiali non essendo per anco esigibili, il rigetto dell'azione di nullità poteva valere come ricognizione del diritto del creditore, ma non come condanna del debitore *nunc pro tunc*. A noi pare indubitato che le sentenze le quali respingono opposizioni infondate del debitore, in tanto possono produrre ipoteca, in quanto contengono contemporanea condanna al pagamento della prestazione dovuta; diversamente si dà all'art. 1970 Cod. civ. un'interpretazione estensiva assolutamente inammissibile.

(1) Firenze, 6 luglio 1877, *Annali di giurispr. it.*, XI, III, 209. La Corte venne a questa conclusione per il riflesso che una sentenza di questo genere contiene implicita la condanna al pagamento ed è proferita in sede di giurisdizione contenziosa; nella specie la sentenza era giusta, perchè la ipoteca di cui si disputava veniva considerata soltanto in ipotesi come giudiziale ed era in realtà ipoteca legale iscritta a favore della massa; ma in tesi generale non reputiamo ammissibile il principio in termini così assoluti proclamato dalla Corte.

(2) Genova, 22 giugno 1883, *Giurispr. ital.*, XXXV, II, 469. V. però Brescia, 15 gennaio 1880, *Monit. trib. Mil.*, XXI, 788.

soddisfarla e perciò è produttivo d' ipoteca, ma ve ne sono altri in cui è necessario ritenere il contrario, se pur non si vuole dare all'art. 1970 una interpretazione erronea ed esagerata. Ciò diciamo specialmente per le sentenze che respingono le opposizioni o le azioni di nullità; con queste stesse sentenze è generalmente proferita la condanna del debitore, ma se la condanna non è proferita, come può per il semplice rigetto iscriversi la ipoteca?

167. La condanna deve essere al pagamento di una somma, alla consegna di cose mobili o all'adempimento di un'altra obbligazione, la quale possa risolversi nel risarcimento dei danni (art. 1970 Cod. civ.); così dispone la legge con una specificazione che non può andare esente da censura, specialmente per le parole « *consegna di cose mobili* » che vi sono comprese. Che cosa è infatti la consegna di cose mobili se non una obbligazione di dare, che, non adempiuta, si risolve nel risarcimento dei danni? E se ha questa natura, perchè parlarne separatamente, come di cosa diversa? Forse il legislatore ha voluto espressamente ricordare la condanna a consegnare cose mobili, che produce ipoteca, per esprimere il concetto che la condanna a consegnare cose immobili non la produce, ed è così che taluno ha voluto intendere, in questa parte, la disposizione in esame (1). Ma se questo è stato veramente il motivo che ha determinato il legislatore, non esitiamo a proclamarlo erroneo; invero anco la condanna a consegnare immobili può dar luogo al risarcimento di danni, non foss' altro per il ritardo nell'adempiere la obbligazione; ed è poi ovvio osservare che se il creditore che reclama la consegna di un immobile di sua proprietà, può non aver bisogno di essere garantito con la ipoteca giudiziale, essendo protetto efficacemente dal diritto reale che gli spetta sull'immobile stesso, possono darsi dei casi in cui la mancata consegna d'immobili si risolve nel risarcimento di danni come ogni altra obbligazione. Si supponga che Tizio, dopo aver venduto

(1) Melucci, *op. cit.*, lez. VI, 2.

o affittato un immobile a Caio, lo venda o lo affitti a Sempronio, che trascrivendo il suo titolo si ponga al coperto dalle conseguenze della prima contrattazione: Caio otterrà la condanna di Tizio a consegnargli l'immobile; ma non potendo ottenere l'adempimento della obbligazione in forma specifica, per l'insuperabile ostacolo proveniente dal titolo trascritto di Sempronio, dovrà contentarsi del risarcimento di danni. Chi oserebbe negare, che in forza del giudicato contenente la condanna di Tizio a consegnare l'immobile, Caio ha avuto ragione e diritto d'iscrivere l'ipoteca giudiziale per garantirsi contro la eventualità che l'immobile non venisse poi consegnato?

Non crediamo pertanto che possa dirsi in modo assoluto non produrre ipoteca giudiziale la sentenza portante condanna alla consegna d'immobili (1): è anche questa una sentenza che porta condanna all'adempimento di un'obbligazione che può risolversi nel risarcimento di danni, e ciò basta perchè la soluzione contraria si manifesti preferibile (2).

---

(1) Melucci, *loc. cit.*

(2) Lo stesso scrittore così si esprime: « La sentenza portante condanna alla consegna d'immobili non produce ipoteca giudiziale; perchè, o la consegna deve aver luogo in base a un diritto reale dell'attore, e questi non può temere la perdita dell'immobile sul quale avrà in altro modo assicurato o conservato il suo diritto mercè la trascrizione (art. 1932 e 1933); o la consegna deve aver luogo in base ad un suo diritto personale, e potrà ottenerla in via di esecuzione della sentenza, salvo il suo diritto al risarcimento, pel quale godrebbe, intervenuta la nuova sentenza, dell'ipoteca giudiziale, quando il condannato avesse pregiudicato la effettuabilità della consegna ». In questo ragionamento vi è, a parer nostro, un equivoco, che ha determinato l'inesatta opinione manifestata dall'egregio scrittore. Per iscrivere l'ipoteca non occorre *una nuora sentenza* constatante l'inadempimento della prima obbligazione; ogni qual volta siffatta obbligazione è di natura tale da potersi risolvere nel risarcimento dei danni, l'ipoteca può essere iscritta in base alla sentenza che condanna all'adempimento dell'obbligazione stessa. Del resto lo stesso Melucci ammette che la ipoteca possa essere iscritta, anco in virtù di una sentenza portante condanna alla consegna di beni immobili, per sicurezza del danno derivante dal ritardo

Per queste considerazioni non esitiamo a dire che il legislatore toscano parlando di condanna in genere (1) aveva espresso con maggiore brevità e con eguale chiarezza il concetto stesso manifestato dal legislatore nostro con uno spreco di parole che serve soltanto a sollevare delle difficoltà. Quando si era detto, come il legislatore toscano, che le sentenze portanti condanna producono ipoteca, si era pienamente raggiunto lo scopo; non potendosi infatti iscrivere ipoteca se non per una somma determinata di danaro (art. 1965, 1992 Cod. civ.), la ipoteca giudiziale avrebbe potuto essere iscritta soltanto in virtù delle sentenze portanti condanna al pagamento di una somma o all'adempimento di un'obbligazione convertibile in danaro e valutabile in una cifra determinata.

168. Attribuendo pertanto una secondaria importanza alle parole « *consegna di cose mobili* » prive, a parer nostro, di uno speciale significato atto ad aggiungere qualche cosa alla generica espressione « *adempimento di un'altra obbligazione* » possiamo occuparci separatamente:

a) delle sentenze portanti condanna al pagamento di una somma;

b) delle sentenze portanti condanna all'adempimento di una obbligazione che possa risolversi nel risarcimento di danni.

---

nell'adempiere l'obbligazione, e ciò basta ad escludere che le parole « *consegna di cose mobili* » siano state nell'art. 1970 Cod. civ. adoperate in contrapposto alla « *consegna di beni immobili* », nel senso che la sentenza che condanna alla prima produca ipoteca e non la produca l'altra che condanna alla seconda: « Ciò però non esclude, dice il citato scrittore, che con la sentenza portante condanna a consegna d'immobili, vi sia anche condanna per risarcimento in caso di temuto ritardo alla consegna; nella quale ipotesi l'attore avrà diritto d'iscrivere ipoteca a questo titolo pel suo credito eventuale di danni-interessi ».

(1) Art. LXVII: « L'ipoteca giudiziale resulta: 1° Dalla sentenza contradittoria o contumaciale, proferita in prima o ulteriore istanza, *che porti condanna* in favore delle persone dalle quali la sentenza è stata ottenuta ».

A

Somme di danaro.

SOMMARIO

169. Applicazioni del principio posto dalla legge — 170. Attualità della condanna. Casi nei quali è richiesta — 171. Condanna eventuale. Prestazioni periodiche. Rate future — 172. Condanna condizionale.

169. Le sentenze portanti condanna al pagamento di una somma di danaro producono la ipoteca, che può essere iscritta tanto pel capitale quanto per i relativi accessorii, come gl'interessi e le spese; la producono tanto se la condanna è specifica, quanto se è soltanto generica; in altri termini tanto se il credito è liquido, quanto se manca tuttora la liquidazione, purchè sia determinato o possa determinarsi il modo da tenersi perchè la liquidazione avvenga (1).

In questo senso fu deciso che una sentenza che condanna il terzo possessore di un immobile a restituire i frutti percetti porta ipoteca giudiziale prima ancora che ne sia liquidato l'ammontare (2); fu deciso ancora che produce ipoteca una sentenza che condanna una persona a prestare gli alimenti ad un suo congiunto senza fissarne l'ammontare (3); che la ipoteca può iscriversi in base a sentenza portante condanna al pagamento di una partecipazione agli utili di una impresa sociale, sebbene la esistenza di questi utili e la quantità loro restino da accertarsi in futuro (4).

In tutti questi casi, non potendo essere espresso nella sentenza l'ammontare del debito, la determinazione della somma viene fatta dal creditore nella nota con la quale richiede l'iscrizione; infatti

(1) Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, I, 145; Pochintesta, *op. cit.*, I, 192.

(2) Casale, 25 gennaio 1881, *Giurispr. Casal.*, I, 55.

(3) Torino, 23 ottobre 1872, *Giur. it.*, XXIV, 2, 695; Torino, 30 aprile 1888, *Annali di giur. it.*, XXII, 371.

(4) Firenze, 17 gennaio 1895, *Annali di giur. it.*, 1895, III, 43.

l'art. 1992 Cod. civ. dispone al capoverso che se la determinazione della somma non è fatta nel titolo costitutivo o dichiarativo del credito, nè con atto posteriore, può farsi dal creditore medesimo nella nota per l'iscrizione, salvo il diritto nel debitore di domandare la riduzione per eccesso nella determinazione del credito (art. 2024, 2027 Cod. civ.) (1).

Fu pure deciso che una sentenza interlocutoria, la quale ammette una perizia per determinare il quantitativo del credito reclamato, non è produttiva d'ipoteca (2); in questo caso invero la sentenza non porta condanna e manca perciò degli estremi voluti dall'art. 1970 Cod. civ.

170. Si dice generalmente che la condanna deve essere attuale (3); e che per conseguenza, se una sentenza condanna a pagare le rate scadute e le rate da scadere, per esempio di una prestazione vitalizia, produce ipoteca per quelle non per queste (4).

Noi siamo di contrario avviso, imperocchè reputiamo si debba distinguere secondo che il debito canonizzato per sentenza è di un capitale, o è invece di una prestazione pagabile a termini periodici: se il debito è di un capitale, una sentenza che condanni a pagarlo prima che ne sia venuta la scadenza, e il debitore sia costituito in mora, non è neppure escogitabile, ed è per conseguenza oziosa le questione se la ipoteca giudiziale possa preventivamente essere iscritta; ma se il debito è di una prestazione pagabile a termini periodici, ben può accadere che, nascendo controversia sulla stessa

---

(1) Torino, 31 agosto 1877, *Giurispr. tor.*, XIV, 678; Torino, 23 ottobre 1872, *Giurispr. tor.*, X, 119.

(2) Napoli, 11 dicembre 1871, *Annali di giurispr. it.*, VI, II, 49; Casale, 13 giugno 1873, *Giurispr. tor.*, X, 554; Perugia, 22 maggio 1874, *Annali di giurispr. it.*, VIII, II, 565; Cass. Napoli, 11 dicembre 1871, *Annali cit.*, VI, I, 1, 149.

(3) Pacifici-Mazzoni, I, 145; Pochintesta, I, 192.

(4) Casale, 9 febbraio 1884, *Giurispr. casal.*, IV, 160; Cass. Torino, 11 marzo 1876, *Giurispr. tor.*, XIII, 375.

esistenza o sul quantitativo del debito, il magistrato pronunzi sentenza di condanna, non tanto per le rate scadute, quanto per quelle da scadere; in tal caso la ipoteca giudiziale può iscriversi per le une e per le altre; anzi, ad assicurare il pagamento delle rate future, può essere presa iscrizione per il capitale atto a produrle (1).

In questo senso fu deciso che una sentenza portante condanna al pagamento di un assegno alimentare, produce valida ipoteca pel capitale corrispondente (2), ed è decisione pienamente giuridica; se le particolari circostanze portano il giudice a proferire una sentenza di condanna al pagamento di una prestazione pagabile ad anni, od a termini periodici diversi, come una rendita perpetua o vitalizia, una prestazione a scopo di culto, un assegno alimentizio, od altro simile, siamo nei precisi termini dell'art. 1970 Cod. civ.; si ha una sentenza portante condanna al pagamento di una somma e la validità di una ipoteca giudiziale che sia stata iscritta pel capitale corrispondente non può essere seriamente contestata.

Impugnando l'esistenza dell'obbligo, o la entità sua, il debitore ha costretto il creditore a provocare una pronunzia del ma-

(1) La Corte d'appello di Brescia, che per la prima aveva proclamato la massima poi confermata dalla Cassazione di Torino nella sentenza citata alla nota precedente, ebbe a ricredersi con un recente giudicato in causa beneficio parrocchiale di Casale e De Rothschild del 13 ottobre 1891 (*Giurispr. it.*, 1891, I, II, 656). Diamo la massima, non parendoci che il testo della decisione contenga apprezzamenti meritevoli di speciale considerazione: « Basta per l'articolo 1970 Codice civile a costituire titolo per un'ipoteca giudiziale, che la sentenza porti condanna all'adempimento di un'obbligazione perpetua pagabile d'anno in anno con determinati prodotti, cose o danaro, senza bisogno che si verifichi dopo la sentenza, *ex post facto*, il mancamento di fede del debitore all'obbligazione cui fu condannato in sentenza ». Il mancamento di fede sta in questo caso nell'avere impugnato l'obbligazione e nell'avere reso con ciò necessaria una sentenza di condanna, destinata a spiegare il suo effetto nel tempo avvenire.

(2) Cass. Napoli, 18 luglio 1890, *Monit. trib. Mil.*, 1891, 246.

gistrato diretto a sanzionarlo, o a determinarne l'ammontare. Egli deve imputare unicamente a sè stesso se la ingiusta impugnativa ha dato luogo ad una sentenza in virtù della quale è stata iscritta una ipoteca che non avrebbe potuto esserlo se egli non avesse tentato di sottrarsi alle contratte obbligazioni.

171. Logica conseguenza del principio svolto di sopra, che la ipoteca può essere iscritta in virtù di sentenza portante condanna al pagamento di rate future, è il principio che la condanna puramente eventuale al pagamento di una somma, dà luogo alla sua volta alla iscrizione di una ipoteca sottoposta alla medesima eventualità. Così se un tribunale condannasse l'erede gravato di un legato di mensa a pagare al legatario una determinata pensione giornaliera in danaro (1), o se, dichiarando un amministratore tenuto a rendere il conto, lo condannasse contemporaneamente al pagamento di una somma a titolo di penale ove non le renda entro una determinata epoca (2), la ipoteca giudiziale potrebbe a parere nostro essere iscritta. La legge non vieta di dare ipoteca per un credito futuro, che può anche non sorgere, come nel caso in cui lo sborso del danaro si effettui posteriormente alla costituzione ed iscrizione dell'ipoteca (art. 1969 n. 4 capov. 1°, 2007 Cod. civ.), o nell'altro in cui si garantiscono preventivamente le rate d'interesse da scadere. Ciò posto, nulla rileva che il credito futuro sia semplicemente eventuale, anzichè certo: soltanto se il credito è eventuale, anco la efficacia finale della ipoteca è sottoposta alla medesima eventualità; darà diritto a collocazione del credito secondo il suo grado, solo nel caso che siasi poi convertito in effettivo; dovrà esser cancellata, se sia certo che tale conversione non può altrimenti aver luogo. L'art. 2091 Cod. civ. disponendo che « la collocazione dei crediti eventuali e condizionali non im-

---

(1) Parma, 6 marzo 1877, *Legge*, 1878, I, 560.

(2) Contempla questa ipotesi Pacifici-Mazzoni (*op. cit.*, I, 147) esprimendo la opinione contraria a quella propugnata nel testo.

pedisce il pagamento dei creditori posteriori, sempre che questi diano cauzione di restituire all'occorrenza le somme esatte », risolve la questione, imperocchè la sentenza riconosciuta dal legislatore come titolo abile a produrre l'ipoteca, non può avere minor forza del contratto con cui l'ipoteca sia stata direttamente consentita dal debitore.

In contrario si oppone lo spirito della legge, che tende a contenere l'ipoteca giudiziale in confini più angusti di quelli assegnati a questo istituto dalle legislazioni precedenti; si oppone del pari che le sentenze non portano condanna al pagamento di un debito se questo è incerto nella sua esistenza e non anche scaduto (1); che l'ipoteca giudiziale, mezzo per garantire una obbligazione principale nascente dal giudicato, non può sorgere se non quando quell'obbligazione sussiste, e che la obbligazione di rifondere il danno non sussiste se non quando il debitore è inadempiente (2).

A torto si invoca lo spirito della legge, mentre la sua lettera è chiara: ogni sentenza portante condanna produce la ipoteca; la produce quindi anco la sentenza che porta una condanna eventuale. Di regola la condanna ha luogo per crediti certi ed esigibili, ma se per eccezione accade che il magistrato sia condotto, dalle particolari circostanze del caso sottoposto al suo giudizio, a condannare al pagamento di una somma ove si verifichi una certa eventualità, si può ammettere che la ipoteca giudiziale venga iscritta

(1) PACIFICI-MAZZONI, *op.* e *loc. cit.*, p. 323.

(2) Il VITALI, in una breve nota apposta alla citata sentenza della Corte d'appello di Parma così in proposito si esprime: « Come si può dire che sussiste l'obbligo nel legatario di rifondere il danno, quand'egli non ha ancora mancato alla sua obbligazione? Solo allora che vi mancherà vi andrà soggetto come vi andrà soggetto chi sia stato condannato a rendere il conto, qualora non lo presenti, pel reliquato determinato con giuramento. Ma fino a tanto che non vi sia il rifiuto a renderlo, non si potrà dire che chi lo deve, abbia recato danno, e finchè non è certo il danno, non è certo il debito, e non si può pretendere alla garanzia ipotecaria, che lo suppone e ne deve essere l'accessorio ».

restando subordinata alla eventualità medesima, senza dare all'articolo 1970 Cod. civ. una interpretazione estensiva, che la sua natura non consentirebbe. Il giudice condanna Tizio all'adempimento di una obbligazione di fare a favore di Caio, e lo condanna pure a pagare una somma a Caio ove non adempia la stessa obbligazione, o non l'adempia entro un dato termine; Caio può indubbiamente iscrivere l'ipoteca per questa somma, quantunque il suo credito sia puramente eventuale. La legge accorda il diritto di iscrivere ipoteca quando la sentenza porta condanna all' adempimento di una obbligazione che può risolversi nel risarcimento dei danni, e noi vedremo in breve che tale disposizione ha effetto, tanto se l'obbligazione consiste nel dare una cosa determinata, quanto se consiste nel fare, o nell'omettere. Ora, poichè la ipoteca deve essere iscritta per una somma determinata in danaro, e non può essere iscritta per la prestazione al soddisfacimento della quale il debitore è stato condannato, in tutti questi casi avviene che il creditore iscrive la ipoteca per la somma che rappresenta il risarcimento di danni che può essergli dovuto per l' inadempimento della obbligazione in forma specifica: in conseguenza se il debitore adempie l'obbligazione alla quale è stato condannato, la ipoteca rimane senza effetto e deve essere radiata; se non l'adempie, spetta al creditore il diritto di domandare collocazione ipotecaria per la somma rappresentante l'*id quod interest*.

La iscrizione della ipoteca giudiziale per sicurezza di un credito incerto ed eventuale è dunque perfettamente conforme alla natura di questo istituto, e si verifica tutte le volte che la sentenza, in virtù della quale la ipoteca viene iscritta, non porta condanna al pagamento di una somma certa ed attualmente esigibile. Ciò posto, sarebbe assolutamente assurdo che quello che può avvenire per semplice volontà del creditore, non potesse avvenire per disposto del giudice: eppure è questa la conseguenza a cui si giungerebbe ammettendo la opinione che combattiamo. Se la sentenza si limitasse a condannare alla consegna di una cosa mobile,

il creditore potrebbe iscrivere ipoteca per la somma che ritenesse essergli dovuta in caso di mancata consegna. Se invece la sentenza, oltre condannare a consegnare la cosa, condannasse il debitore al pagamento di una somma determinata, ove non la consegnasse, o non la consegnasse entro un certo termine, la ipoteca non potrebbe, secondo la opinione contraria, essere iscritta, per non essere certo il danno, e non essere per conseguenza certo il credito derivante dall'inadempimento della obbligazione.

172. Come la condanna eventuale al pagamento di una somma dà diritto ad iscrivere una ipoteca sottoposta alla medesima eventualità, così la condanna condizionale dà diritto al creditore di prendere in virtù dell'art. 1970 Cod. civ. una iscrizione subordinata nella sua efficacia iniziale, o nella sua persistenza, allo stesso avvenimento incerto e futuro al quale la condanna è stata dal giudice subordinata. In altri termini la condanna condizionale dà luogo a ipoteca egualmente condizionale (1).

Per ciò che attiene alla condizione risolutiva il principio da noi esposto non può essere revocato in dubbio, perchè lo stesso art. 2029 Cod. civ. annovera, al n. 6, fra le cause di estinzione della ipoteca la condizione risolutiva che vi fu apposta, e comprende nella generalità sua ogni specie d'ipoteca, e per conseguenza anco quella che ha fondamento nel giudicato. Quanto alla condizione sospensiva, l'art. 1171 Cod. civ. conduce necessariamente alla conseguenza da noi formulata, disponendo che il creditore può, prima che siasi verificata la condizione, esercitare tutti gli atti che tendono a conservare i suoi diritti.

D'altra parte non può dubitarsi che la condanna al pagamento di una somma, come all'adempimento di ogni altra obbligazione, può essere condizionale, sia perchè il giudice ritenga opportuno di modificare eccezionalmente la sua pronunzia, che d'ordinario è pura e semplice, sia perchè la condizione accompagni la obbligazione all'adempimento della quale il debitore è condannato.

(1) Cass. Torino, 5 maggio 1885, *Giurispr. tor.*, XXII, 169.

In questo senso una Corte d'appello ebbe a decidere, che all'appoggio di una sentenza dichiarata provvisoriamente esecutiva, contenente la condanna a prestare idonea cauzione entro un certo termine, con facoltà nel creditore di prendere ipoteca sopra fondi del debitore in caso di inadempimento, il creditore non può, prima che sia decorso il termine fissato, iscrivere ipoteca in via di esecuzione della sentenza, ma può bene iscriverla in via di assicurazione del suo diritto condizionale, ai sensi dell'art. 1171 Cod. civ. Secondo quest'articolo il creditore può esercitare gli atti conservativi del suo diritto condizionale prima che la condizione siasi verificata; accordata una ipoteca sotto condizione sospensiva, non vi è miglior modo di assicurarsi il relativo diritto che quello di iscriverla appena si possa temere che il fondo venga alienato o colpito da altre ipoteche. Se la condizione non si verifica, cessa il vincolo, e il creditore è obbligato a cancellare l'iscrizione; se invece si adempie, la ipoteca spiega il suo effetto e prende grado dal giorno della sua iscrizione (1).

Questa soluzione, desunta per ciò che attiene alla condizione sospensiva dall'art. 1171 Cod. civ., sembra a noi indispensabile per rendere possibile l'effetto retroattivo attribuito alla condizione stessa dall'art. 1170 dello stesso Codice.

B

Altre obbligazioni.

SOMMARIO

173. Obbligazioni di dare e di fare. Osservazione speciale quanto alle obbligazioni consistenti nel non fare — 174. Obbligazioni di consegnare cose mobili o immobili — 175. Applicazioni — 176. Le sentenze che condannano a

---

(1) Brescia, 30 dicembre 1874, *Monit. trib. Mil.*, 1875, 398; POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 192.

render conto non producono ipoteca — 177. Ordinanze presidenziali in materia di rendimento dei conti.

173. Anco le sentenze che non portano condanna al pagamento di somme di danaro producono ipoteca, purchè abbiano per oggetto l'adempimento di altre obbligazioni che possono risolversi nel risarcimento dei danni. È a riguardo di queste obbligazioni che si manifesta in modo più evidente l'arbitrio accordato al creditore dall'art. 1992 capov. Cod. civ. per ciò che attiene alla determinazione della somma; il creditore che ha ottenuto la condanna, determina egli stesso il valore pecuniario della obbligazione, a suo favore sanzionata nel giudicato, e per questo valore iscrive l'ipoteca, salvo al debitore il diritto di domandarne la riduzione ove resulti eccessivo. In altri termini il creditore che ha ottenuto la condanna del debitore all'adempimento della obbligazione, calcola preventivamente la somma che potrebbe spettargli a titolo di risarcimento, se la obbligazione non fosse adempiuta, e per questa somma prende iscrizione (1).

Ciò vale per ogni specie di obbligazione, consista essa nel dare, nel fare o nell'omettere, in conseguenza del principio generalissimo che chi ha contratta una obbligazione è tenuto ad adempierla esattamente e in mancanza al risarcimento dei danni dovuti al creditore (art. 1218 Cod. civ.) per la perdita da lui sofferta e pel guadagno di cui fu privato (art. 1227 Cod. civ.), con le particolari limitazioni di cui è parola negli articoli 1228 e 1229 Cod. civile.

Per ciò che attiene alle obbligazioni di dare e di fare, la materia non presenta difficoltà; l'obbligazione di dare include quella di consegnare la cosa (art. 1219 Cod. civ.) e il creditore, in virtù della sentenza che ne ordina l'adempimento, iscrive ipoteca per somma corrispondente al valore della cosa, o della utilità che po-

(1) Giustamente disse la Corte d'appello di Brescia nella sentenza 30 dicembre 1874 (*Monit. trib. Mil.*, 1875, 424) che la ipoteca sta in questi casi a garantire le conseguenze del giudicato valutabili in danno.

trebbe trarne quando la consegna non dovesse esser fatta per titolo traslativo di proprietà, ma bensì allo scopo di attribuire al creditore un semplice diritto di godimento. Non essendo adempiuta l' obbligazione di fare, il creditore può essere autorizzato a farla adempire egli stesso a spese del debitore (art. 1220 Cod. civ.), e la iscrizione può per conseguenza esser presa per la somma che si presume necessaria a tale oggetto. Ma se l' obbligazione è di non fare, una iscrizione preventiva che stia a garantirne l'adempimento non è consentita dal suo oggetto; invero il debitore non può per la natura delle cose essere condannato in virtù di una obbligazione di questo genere, finchè non abbia contravvenuto al divieto; se poi vi contravviene, è tenuto ai danni pel solo fatto della contravvenzione (art. 1221 Cod. civ.). Quindi la sentenza emanata dal giudice in virtù di una obbligazione di non fare, contiene necessariamente condanna al pagamento di una somma di danaro; certa e liquida, se i danni sono determinati nella sentenza medesima, incerta quanto al suo ammontare, e perciò illiquida, se manca siffatta determinazione. Ma nell' uno e nell' altro caso la sentenza porta condanna al pagamento di una somma, e ricorre per conseguenza la prima delle ipotesi configurate dall' art. 1970 Cod. civ.

174. Fra le sentenze che non hanno per oggetto somme di danaro, ma producono ciò non ostante ipoteca perchè possono risolversi nel risarcimento dei danni; conviene annoverare in primo luogo, perchè espressamente menzionate dal legislatore, quelle portanti condanna alla consegna di cose mobili; chi ha diritto alla consegna e interesse a garantirsi con ipoteca giudiziale, determina nella iscrizione la somma che reputa necessaria per garantirsi del valore economico del suo diritto, che può essere assai diverso rispetto alle identiche cose che il debitore debba consegnargli, secondo che la consegna sia dovuta a titolo di proprietà, o di semplice godimento per tempo più o meno lungo (1).

(1) MELUCCI, *op. cit.*, lez. VI, 2.

Così il coerede condannato per sentenza a restituire alla massa ereditaria talune cose di spettanza della eredità da lui indebitamente distratte in suo particolare profitto, non può opporsi che per il valore di queste cose, sia dai coeredi creditori iscritta sulla sua quota ereditaria, o sopra gli altri suoi beni, una ipoteca giudiziale (1); ma quando ancora la cosa non dovesse essere consegnata a titolo di proprietà, ma si trattasse di semplice diritto di godimento, come di un usufrutto, o di assicurazione, come la promessa di un pegno, di un commodato o di una locazione, la ipoteca potrebbe essere iscritta per la somma rappresentante l'utilità che la consegna della cosa può cagionare a chi ha per effetto del giudicato diritto di ottenerla. La legge non distingue: parla di consegna in genere, senza che si abbia riguardo al titolo giuridico pel quale la consegna è ordinata.

La circostanza che nell'art. 1970 Cod. civ. espressamente si parla di consegna di cose mobili, non esclude la possibilità d'iscrivere ipoteca giudiziale anco in virtù di sentenze che condannino a consegnare immobili o diritti ad essi relativi; non sempre la esecuzione di giudicati aventi siffatto oggetto si esaurisce con l'esercizio del diritto reale; possono esservi dei diritti accessori di risarcimento, non foss'altro pel ritardo nell'adempiere l'obbligazione; possono altresì risolversi nei puri danni, quando l'adempimento in forma specifica sia dal prevalente diritto dei terzi reso impossibile: è perciò necessario riconoscere che al creditore può spettare anco in questi casi, il diritto ad iscrivere l'ipoteca giudiziale. Ma dopo quanto fu da noi superiormente esposto a questo proposito (sopra n. 166), non ci sembra necessaria una più larga dimostrazione. La consegna di cose mobili è considerata espressamente dal legislatore; la consegna d'immobili rientra, quando ne sia il caso, fra le altre obbligazioni di cui è parola nella disposizione in esame.

175. Fra queste rientra ogni obbligazione purchè valutabile

(1) Cass. Roma, 31 dicembre 1883, *Legge*, XXIV, I, 471.

in danaro, e tale perciò da far luogo al risarcimento dei danni ove non venga adempiuta. In questo senso fu deciso potersi iscrivere l'ipoteca giudiziale in virtù di una sentenza portante condanna a remuovere un'opera costruita a distanza minore di quella prescritta dalla legge, con facoltà nel creditore di fare eseguire egli stesso la remozione a spese del debitore (1); potersi egualmente iscrivere in virtù di una sentenza penale, che pronunciata l'ammenda per un' opera costruita da un privato in contravvenzione ai regolamenti municipali, condanna il contravventore a demolirla, autorizzando il comune a farlo a spese del contravventore medesimo ove questi non dia esecuzione volontaria al giudicato in un termine prestabilito (2); farsi luogo finalmente all'iscrizione dell'ipoteca giudiziale in virtù di una sentenza che ordina la stipulazione di un atto, imperocchè si tratta anco qui di un'obbligazione di fare risolventesi nel risarcimento dei danni in caso di inadempimento (3).

---

(1) Torino, 17 decembre 1889, *Giur. ital.*, 1890, I, II, 222.

(2) Cass. Torino, 9 decembre 1893, *Legge*, 1894, I, 198.

(3) Cass. Roma, 1 giugno 1886, *Annali di giurispr. ital.*, XX, I, 320. La specie di fatto risoluta con questa decisione è assai importante. La Corte d'appello di Perugia avendo riconosciuto essersi perfezionato un contratto di vendita, aveva ordinato con sentenza 30 agosto 1880 a certo Piccini di presentarsi entro un dato termine avanti notaio per stipulare il relativo istrumento; in forza di tal giudicato venne iscritta l'ipoteca giudiziale sopra i beni del Piccini, escluso quello caduto in contrattazione, per l'intero prezzo di acquisto e per una proporzionata somma di accessori. La stessa Corte, con altra sentenza 8 aprile 1885, invalidò questa ipoteca; fu ritenuto con tale giudicato che la sentenza precedente non potesse produrre ipoteca per essersi limitata a riconoscere una preesistente obbligazione ordinando alle parti di adempierla. La Corte suprema censurò con termini assai vivaci la motivazione della Corte d'appello: « Ora in cotesta motivazione racchiudonsi tre manifesti errori, tutti di diritto; e basta enunciarli per riconoscerli tali. — Primo errore si è quello di credere, che l'ordine dato dal magistrato alla parte di adempiere ad una obbligazione, che egli dichiara e sancisce, non equivalga a condanna: — Secondo errore è il dire che l'ordine o la condanna a stipulare l'istrumento di vendita ed adempiere per tal guisa alle obbligazioni assunte, non contenga in sè una

176. La questione che ha dato luogo a maggiori incertezze in questa materia è quella che consiste nel determinare se la sentenza che ordina il rendimento dei conti sia produttiva d'ipoteca giudiziale. Non mançano decisioni che lo hanno affermato, cercando di argomentarlo dal testo dell'art. 1970 Cod. civ.: talvolta osservando che nella sentenza contenente l'ordine di render conto si racchiude virtualmente la condanna di colui, che è tenuto a renderlo, al pagamento del reliquato che potrà resultare; tal'altra, fon-

---

obbligazione, che possa risolversi nel risarcimento dei danni.—Di vero, l'obbligo imposto di stipulare un atto contrattuale, non trattandosi fin qui nè di dare, nè di conseguare alcuna cosa, è uno di quegli obblighi che consistono *in faciendo*. La natura dei quali, tale essendo da non potersene ottenere l'adempimento colla forza, perchè *nemo ad factum cogi potest*, egli è di necessità giuridica che la obbligazione vada a risolversi contro l'inadempiente nell'*id quod interest*, ossia nell'emenda dei danni, ai quali si va incontro dall'altra parte. La sentenza adunque fraintendeva e falsamente applicava la disposizione dell'articolo 1970 Cod. civ. col negare e non riconoscere nella specie la esistenza di condanna all'adempimento di una obbligazione, da potersi questa risolvere nel risarcimento dei danni;—Terzo errore in fine, noi diciamo, è lo avere ritenuto, con aperta violazione della lettera e dello spirito del succitato articolo di legge, che, essendo stato dallo Spetia assunta l'ipoteca giudiziale per il capitale di lire 85,000, una simile somma non potesse mai rappresentare la indennità dovuta dal Piccini, appunto perchè niuno non potrebbe mai dire se la indennità medesima importasse un valore eguale e corrispondente addirittura al capitale suenunciato. — Per la Corte d'appello non sarebbe dunque concepibile un'iscrizione ipotecaria assunta in forza di sentenza, e per un titolo di danni possibili derivanti dall'inadempimento di una obbligazione, qualora siffatti danni venissero indicati dallo iscrivente in somma determinata! Ma chi può ignorare che per la regolarità di qualsivoglia iscrizione d'ipoteca, legale, convenzionale, o giudiziale che sia, faccia mestieri della determinazione della somma, a garanzia della quale si vuole quel peso imprimere sul fondo? Il qual peso, se non potrà mai produrre i suoi effetti oltre l'ammontare della somma iscritta, li produrrà poi sempre entro i limiti della stessa, come questo avviene allorchè si tratti dell'importo del *quanti interest*, ossia dei danni tuttora da liquidarsi, ipotesi nella quale si versa il tema della presente causa».

dando la ragione del decidere sulla considerazione, che la condanna a render conto implica condanna a consegnare cose mobili come i libri e documenti giustificativi: tal'altra finalmente partendo dal concetto che la relativa obbligazione, consistendo nel fare, rientra nella categoria di quelle che possono risolversi nel risarcimento dei danni ove non vengano adempiute (1). Però la giurisprudenza prevalente nega che da tali sentenze possa derivare il diritto alla iscrizione, fondandosi sulla natura speciale e sugli effetti delle sentenze medesime e sulle relative disposizioni del codice di procedura civile (2).

Non esitiamo ad accogliere questa seconda opinione, la quale è propugnata dagli scrittori (3).

Già nel diritto francese, nonostante la maggior larghezza della espressione usata dal legislatore, non è mancato chi ha sostenuto che la sentenza portante ordine di render conto non è produttiva

(1) Cass. Napoli, 4 settembre 1876, *Annali di giur. ital.*, XI, I, 50; Torino, 31 agosto 1877, *Giur. tor.*, XIV, 678; Catania, 3 agosto 1883, *Giur. ital.*, XXXV, II, 500; Roma, 17 luglio 1884, *Foro it.*, IX, I, 1, 1216; Cass. Roma, 15 maggio 1885, *Giur. it.*, XXXVII, I, 1, 517; Cass. Palermo, 3 settembre 1887, *Legge*, XXIII, II, 52.

(2) Casale, 13 giugno 1873, *Giur. tor.*, X, 554; Perugia, 22 maggio 1874, *Annali di giur. ital.*, VIII, II, 565; Napoli, 7 maggio 1875, *Gazz. procur.*, IX, 43; Cass. Torino, 11 marzo 1876, *Giur. tor.*, XIII, 375; Cass. Roma, 16 decembre 1877, *Annali di giur. ital.*, XII, I, 295; Torino, 31 agosto 1878, *Giur. tor.*, XIV, 678; Brescia, 15 marzo 1882, *Giur. it.*, XXXIV, II, 399; Cass. Torino, 11 maggio 1883, *Legge*, 1884, I, 302; Cass. Palermo, 3 giugno 1884, *Foro it.*, X, 106; Trib. Ravenna, 24 luglio 1885, *Monit. trib. Mil.*, XXVII, 732; Torino, 17 maggio 1890, *Giurispr. tor.*, 1890, 611; Catania, 19 settembre 1890, *Giur. ital.*, 1891, 142.

(3) Pochintesta, *op. cit.*, I, 192; Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, I, 147; Ricci, *Diritto civile*, X, 178; Borsari, *Commento*, § 4201. Di contraria opinione si dichiara il Mirabelli, (*op. cit.*, pag. 42) distinguendo secondo che il condannato a rendere il conto, lo renda effettivamente nel termine assegnatogli o non lo renda; ma le ragioni di questa sua opinione non ci sembrano atte a convincere della sua fondatezza.

d'ipoteca, non potendo conoscersi *a priori* se chi è tenuto a renderlo è debitore; egli può anche resultare creditore, ed in tal caso la ipoteca che fosse stata iscritta apparirebbe ingiusta e vessatoria; quand'anche dalla presentazione del conto, o dalla dichiarazione del creditore che ne tiene luogo, resultasse un debito, non può dirsi che ciò avvenga in virtù della prima sentenza; tanto ciò è vero, che se il debitore non pagasse ciò che da lui è dovuto, occorrerebbe una seconda pronunzia per astringervelo; la sentenza che ordina di render conto non può servire di titolo per ottenere il pagamento del reliquato: in virtù di essa il convenuto è debitore di un conto, non di una somma qualsiasi (1).

Posto pure che questa soluzione non sia nel diritto francese ammissibile per la diversa e più lata locuzione contenuta nell'articolo 2123 di quel codice, essa ci sembra inoppugnabile di fronte al testo del nostro articolo 1970. Non vi ha condanna al pagamento di una somma, non potendosi argomentare dalla sentenza che ordina di rendere conto se chi è tenuto a renderlo è debitore, ed essendo per conseguenza incerto il debito, non soltanto nel suo ammontare, ma nella sua stessa esistenza (2), non vi è condanna a consegnare cose mobili, imperocchè questa locuzione non si addice ad un conto ed ai documenti di corredo al medesimo; non vi è finalmente un' altra obbligazione qualsiasi che possa risolversi nel risarcimento dei danni, perchè, non adempiendo il convenuto all' obbligo impostogli, la legge dispone che chi ha chiesto

---

(1) Questa opinione fu validamente propugnata da TROPLONG, *op. cit.*, 439, sulla scorta del PIGEAU, *Proced. civile*, III, 59. In diritto francese prevale però l'opinione contraria, come può vedersi in AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 265 testo e nota 20 con gli autori ivi citati.

(2) La condanna non può derivare che da una sentenza posteriore, ed è evidente che questa non può avere efficacia retroattiva nel senso di sorreggere una ipoteca indebitamente iscritta in virtù della sentenza anteriore, che si limitava a ordinare la resa del conto (Cass. Torino, 22 aprile 1882, *Giur. tor.*, XII, 280).

il conto può essere ammesso a determinare anche con giuramento la somma dovutagli (art. 326 Cod. proc. civ.); ciò chiaramente dimostra che la mancata presentazione del conto ordinato dall'autorità giudiziaria non è di per sè titolo sufficiente a domandare il risarcimento dei danni, ma apre soltanto l'adito a un successivo giudizio, in cui si determina, col giuramento o con gli altri mezzi di prova ammessi dalla legge, l'ammontare del dovuto (1).

177. S'insegna generalmente che se non è produttiva d'ipoteca la sentenza che ordina di rendere il conto, lo è invece la ordinanza del presidente con la quale, presentato il conto, s'ingiunge il pagamento del sopravanzo a forma di quanto è disposto nell'articolo 321 Cod. proc. civ. (2).

Noi siamo di contrario avviso: questo provvedimento ha effetto esecutivo, ed è dalla legge dichiarato inappellabile (3); ma non è una sentenza. Osservammo già che altra cosa è la forza esecutiva di un atto giudiziario, altra la sua attitudine a produrre ipoteca (sopra n. 149); per ciò che attiene a questo caso speciale non ci sembra che possa giustificarsi una soluzione diversa; il debito resulta dal conto presentato, non dalla sentenza che ordinava di presentarlo; il provvedimento che ingiunge di pagarlo non è una sentenza, e non è per conseguenza titolo sufficiente per ottenere la iscrizione.

(1) Se ordinando di rendere il conto, la sentenza condannasse a pagare una somma a titolo di penale, il convenuto che non lo presentasse, o che non lo presentasse nel termine assegnatogli, la ipoteca giudiziale potrebbe essere iscritta, come già fu di sopra osservato; ma è evidente che questa possibilità di iscrivere l'ipoteca, non deriva dal capo principale del giudicato, bensì dal capo accessorio contenente condanna al pagamento di una somma, sia pure eventuale e limitata al caso che il conto non venga presentato.

(2) PACIFICI-MAZZONI, *op.* e *loc. cit.*

(3) Art. 321 Cod. proc. civ. « Quando l'esatto ecceda lo speso, il presidente, sull'istanza della parte interessata, ordina il pagamento del sopravvanzo, senza che per ciò s'intenda approvato il conto. — Questa ordinanza ha effetto di sentenza spedita in forma esecutiva, e non si ammette reclamo contro di essa ».

§ 3.

Iscrizione della ipoteca giudiziale.

SOMMARIO

178. In qual senso la legge dispone che ogni sentenza di condanna produce ipoteca. Iscrizione — 179. A favore del creditore — 180. Contro il debitore — 181. Fideiussori e responsabili del fatto altrui.

178. Chi ha ottenuto la sentenza portante condanna può iscrivere immediatamente, in virtù di essa (1) e dal momento in cui è pubblicata (2), l'ipoteca giudiziale, quantunque non abbia domandato di far uso di siffatta facoltà, nè questa gli sia stata espressamente concessa (3). Ogni sentenza portante condanna produce ipoteca di diritto, senza che occorra una speciale dichiarazione del magistrato che la emette (4).

(1) Quantunque sia concessa al debitore una dilazione al pagamento (Casale, 6 marzo 1869, *Gazz. proc.*, IV, 420).

(2) Brescia, 30 decembre 1874, *Monit. trib. Mil.*, XVI, 398.

(3) Sarebbe un grave errore il confondere l'ipoteca giudiziale, che può iscriversi *ope legis* appena è pubblicata la sentenza di condanna all'adempimento di una obbligazione qualsiasi, con la ipoteca ordinata dal giudice come misura conservativa. Questa non è ipoteca giudiziale, ai sensi dell'art. 1970 Cod. civ., bensì *fideiussione giudiziale*, ai sensi dell'art. 1921 dello stesso codice. In questo senso può consultarsi una sentenza della Cass. di Napoli del 1° maggio 1877 (*Annali di giur. ital.*, XII, I, 1, 358). La Corte argomentò dall'art. 1875 Cod. civ. osservando che « se l'autorità giudiziaria può ordinare il sequestro di un immobile la cui proprietà o il cui possesso sia controvertito fra più persone, a più forte ragione può disporre che sull'immobile medesimo sia iscritta un'ipoteca eventuale e temporanea ». Sarebbe stato però più conforme al rigore dei principii argomentare dal citato articolo 1921, obbligando il debitore a dare una sicurtà e lasciando per ciò libero il medesimo di presentare un fideiussore idoneo, o di dare invece un pegno, un'ipoteca od altra cautela sufficiente a norma dell'art. 1922 Cod. civ.

(4) Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, I, 150.

La espressione « *produce ipoteca* » non va intesa nel suo letterale significato; anco l'ipoteca giudiziale ha effetto e prende grado dal momento della sua iscrizione, in omaggio al principio della pubblicità; conseguentemente la suddetta espressione deve intendersi nel senso che in virtù della sentenza portante condanna il creditore acquista il diritto di procurarsi questa speciale garanzia. Ciò che produce il diritto reale d'ipoteca è dunque la iscrizione; la sentenza è il titolo che abilita il creditore ad operare siffatta formalità.

È del resto indifferente che il creditore il quale ha ottenuto una sentenza di condanna goda o non goda di una ipoteca anteriormente iscritta in forza di legge o di contratto (1). Anco il creditore ipotecario, ottenendo una sentenza di canonizzazione del suo credito, può in virtù della medesima iscrivere una ipoteca giudiziale all'oggetto di garantirsi maggiormente, con estendere il suo diritto reale a beni non colpiti dalla ipoteca precedentemente iscritta (2).

Se però, cumulando la garanzia che il creditore si è procurato in forza della sentenza, con quella che gli era stata accordata per convenzione o per legge, resultasse un eccesso dannoso al debitore, spetta al medesimo la facoltà di domandare la riduzione della ipoteca giudiziale nei casi e con le norme che a suo tempo dovremo esporre.

È poi da osservare che la facoltà d'iscrivere ipoteca in forza del giudicato non si esaurisce con l'uso che il creditore ne fa; con la stessa sentenza si possono prendere più iscrizioni ipotecarie, sia

---

(1) Casale, 27 giugno 1890, *Giurispr. Casal.*, 1891, 22.

(2) È noto infatti, e sarà a suo luogo dimostrato, che l'ipoteca giudiziale può iscriversi anco sui beni del debitore acquistati posteriormente alla sentenza di condanna mentre l'ipoteca legale e quella derivante da convenzione non possono iscriversi che sui beni posseduti dal debitore al momento in cui prendono vita (V. su ciò più oltre n. 182).

sopra beni situati in circondari diversi, sia sopra beni pervenuti successivamente in proprietà del debitore.

179. La sentenza dà diritto d' iscrivere ipoteca giudiziale a chi l' ha ottenuta; ma non occorre che esso eserciti questo diritto personalmente, o per mezzo di un suo rappresentante legittimo; l' iscrizione, come cosa utile, può essere richiesta da qualunque incaricato, senza che occorra un mandato speciale per quest' oggetto.

Se poi più persone ottengono congiuntamente la condanna del comune debitore, l' iscrizione puo essere richiesta a nome di tutti per sicurezza dell'intero credito, o a nome di ciascuno per la sua porzione, salvo le regole speciali della solidarietà attiva.

180. L'ipoteca può essere iscritta sui beni di qualunque debitore, purchè condannato al pagamento di una somma o all'adempimento di una obbligazione che possa risolversi nel risarcimento di danni; ancorchè si tratti di persone incapaci, come i minori e gl'interdetti, o di persone aventi una capacità giuridica limitata, come gl'inabilitati, le donne maritate e certi corpi morali legalmente riconosciuti.

Mentre infatti il Codice, a proposito della ipoteca convenzionale, dichiara, che soltanto chi ha capacità di alienare un immobile ha facoltà di ipotecarlo (art. 1974 Cod. civ.), niuna restrizione in questo senso si trova scritta nelle disposizioni concernenti la ipoteca giudiziale. Questa ha luogo in virtù del giudicato, indipendentemente dal consenso del debitore e contro la sua volontà; il vincolo giuridico deriva dall'autorità del giudice che lo condanna a dare, fare od omettere; la incapacità di obbligarsi non influisce sulla origine e sulla efficacia del diritto reale, dal momento che non impedisce che la validità e la sussistenza della obbligazione siano dichiarate giudizialmente.

Il debitore incapace, convenuto pel soddisfacimento del debito, può eccepire la nullità della obbligazione relativa, quando non sia stata contratta con le forme abilitanti; ma se non la eccepi-

sce, o se la eccezione è respinta perchè queste forme sono state osservate, o non sono state ritenute necessarie, la sentenza di condanna spiega tutto il suo effetto e dà diritto all' iscrizione della ipoteca.

Le sentenze portanti condanna non producono ipoteca sopra determinati beni, quali sarebbero i beni demaniali dello Stato, i beni di uso pubblico delle provincie e dei comuni (1), i beni di spettanza delle donne maritate costituiti in dote (2); ma ciò dipende, non già da considerazioni soggettive concernenti la persona del debitore, bensì da considerazioni d'ordine diverso, desunte dalla speciale destinazione di quei beni, che sono dichiarati inalienabili dalla legge (art. 430, 432 Cod. civ.), o sono dichiarati alienabili soltanto per certi scopi di necessità di utilità evidente, e con certe condizioni (art. 1405 Cod. civ.).

181. La sentenza produce ipoteca tanto sui beni del debitore principale, quanto su quelli del fideiussore o del civilmente responsabile, purchè condannati insieme con quello all'adempimento della obbligazione, o al risarcimento dei danni derivati dal fatto illecito.

Per ciò che attiene alla fideiussione non è il caso di distinguere secondo che il fideiussore goda, in conformità delle regole generali, del benefizio della escussione, o vi abbia rinunziato espres-

---

(1) V. su cio il nostro trattato *Dei privilegi*, n. 14 e seg.

(2) V. su ciò il nostro trattato *Del contratto di matrimonio*, n. 265 e seg. In questo senso fu deciso essere inefficace la ipoteca giudiziale iscritta sui beni dotali in virtù di sentenza di condanna proferita contro la moglie durante il matrimonio (Catania, 31 luglio 1882, *Giurispr. it.*, XXXIV, I, II, 6, 623); fu deciso pure che i creditori della moglie possono validamente iscrivere ipoteca giudiziale sui beni dotali per debiti anteriori al matrimonio se la costituzione di dote non è stata resa pubblica mediante la trascrizione (Cass. Roma, 9 settembre 1881, *Foro it.*, VI, I, 883). Vi sono però delle ragioni di dubitare di questa decisione come può vedersi nel citato nostro trattato, n. 266, in nota.

samente o tacitamente (art. 1907 Cod. civ.); infatti il benefizio della escussione giova al fideiussore agli effetti esecutivi, non già agli effetti puramente conservativi (1); ciò presuppone la possibilità della condanna contemporanea dell'uno e dell' altro al pagamento del debito, ed è logico argomentarne che ottenuta la condanna il creditore può validamente iscrivere la ipoteca giudiziale contro ambedue. Soltanto la ipoteca iscritta contro il fideiussore sarà condizionale in questo senso, che l'esercizio dell' azione ipotecaria non potrà aver luogo, se prima non viene escusso il debitore principale, e la escussione non resulta in tutto o in parte infruttuosa.

Quanto alla responsabilità civile è da osservare che per poter iscrivere la ipoteca giudiziale contro colui che è incorso nella medesima, occorre che sia stato parte al giudizio, e che sia stato condannato al risarcimento dei danni solidalmente con l' autore del fatto illecito del quale è tenuto rispondere. È però indifferente che la condanna sia proferita nel giudizio penale o in sede civile, che il danno sia stato liquidato o vi sia condanna in genere; ma se nel giudizio penale il civilmente responsabile non fosse stato citato, nè sulle richieste del pubblico ministero, nè su quelle della parte civile, la sentenza di condanna della persona del cui operato deve rispondere, non darebbe diritto alla parte danneggiata di iscrivere ipoteca giudiziale sopra i suoi beni; la sentenza penale di condanna dell'autore del fatto illecito servirebbe soltanto di titolo per promuovere un separato giudizio civile contro il civilmente responsabile, rimasto estraneo al giudizio penale (2).

---

(1) Ciò si argomenta in modo da non poterne dubitare dagli art. 1909, 1910 Cod. civ. per i quali il fideiussore che fa istanza per la escussione del debitore principale deve indicare i beni che possono esserne oggetto ed anticipare le spese occorrenti.

(2) Casale, 17 maggio 1890, *Giurispr. casal.*, 1890, 184.

§ 4.

Beni sui quali la ipoteca può essere iscritta.

SOMMARIO

182. Beni presenti e beni futuri — 183. Purchè proprii del condannato — 184. Non ancora alienati — 185. Suscettivi d'ipoteca — 186. *Quid juris* dei beni colpiti dalla trascrizione del precetto. Rinvio — 187. Beni dell'eredità giacente o accettata con benefizio d'inventario — 188. In quali casi non può essere iscritta sopra di questi la ipoteca giudiziale—189. Nullità derivante dal divieto — 190. Disposizioni del Codice di commercio riguardo ai beni del fallito.

182. La sentenza di condanna è titolo per iscrivere la ipoteca sui beni che sono in proprietà del debitore al momento in cui la iscrizione è presa (1), e su quelli che in lui pervengono posteriormente, a misura che in lui pervengono (2).

È questo il solo caso del nostro regime ipotecario in cui fu dal legislatore estesa, e non senza contrasto (3), la ipoteca ai beni

(1) Diciamo pensatamente che deve aversi riguardo al momento in cui la iscrizione è presa, non al momento in cui è proferita la sentenza: questa è titolo per iscrivere ipoteca, ma il diritto reale prende vita soltanto con la iscrizione. Deriva da ciò che la ipoteca non potrebbe validamente essere iscritta sui beni del debitore alienati senza frode dopo la sentenza di condanna, semprechè l'atto di alienazione fosse stato debitamente trascritto. Possono consultarsi su ciò le sentenze della Corte d'appello di Torino 14 maggio 1869 e 18 maggio 1872, nonchè quella della Cass. pure di Torino 29 dicembre 1874 (*Giurispr. tor.*, VI, 583, IX, 455, XII, 149).

(2) Dispone infatti l'art. 1986 Cod. civ. « L'ipoteca giudiziale si può iscrivere su qualunque degl'immobili appartenenti al debitore, ma quanto a quelli che sono da lui acquistati dopo la condanna, la iscrizione non può prendersi se non a misura che essi pervengono al debitore ».

(3) In seno alla Commissione fu proposta l'abolizione dell'inciso dell'articolo 2011 del progetto (art. 1986 Cod. civ.) in virtù del quale è data facoltà

futuri; dopo ciò che abbiam detto per propugnare l'abolizione completa della ipoteca giudiziale, non abbiamo bisogno di soffer-

---

al creditore di iscrivere ipoteca sugl'immobili acquistati dal debitore dopo la condanna; a debolissima maggioranza (sei contro quattro) fu respinta la proposta e conservata la controversa disposizione. Non è del tutto inutile riportare la memoranda discussione: *Processi verbali*, XLI, n. 8: « Intorno allo stesso art. 1996 propone (Precerutti) di dichiarare che l'ipoteca giudiziale non ha luogo che sui beni che il debitore possiede all'epoca della prolazione della sentenza, sopprimendo perciò il secondo inciso dell'art. 2011 (1989 del Codice).— Crede l'onorevole proponente che non sia nè conforme ai principii, nè utile, di colpire coll'ipoteca giudiziale non solo i beni che il debitore possiede quando al sentenza viene proferita, ma eziandio quelli che acquista in seguito, perchè questa sia una ipoteca generale sovra i beni futuri, e contrasti perciò coi due grandi principii che informano il regime ipotecario e massime con quello assai più perfetto degli altri che viene ora stabilito col nuovo Codice, e che sia poi ingiusto che per qualunque più piccolo debito tutti i beni che un debitore venga ad acquistare posteriormente alla condanna rimangano sempre affetti dall'ipoteca giudiziale fino a che il debito sia estinto, ed infine che questo sistema contrasti persino con quello dell'ipoteca legale che la legge accorda alla moglie, la quale non colpisce fuorchè i beni posseduti dal marito all'epoca del matrimonio.—Risponde altro dei commissari (De Foresta) che è anzi nella natura dell'ipoteca giudiziale che colpisca tutti i beni del debitore sino al momento dell'estinzione del debito; perciocchè la cosa giudicata deve sempre essere operativa, sino a tanto che abbia avuta la sua intiera esecuzione; che limitandola ai soli beni posseduti dal debitore al momento della condanna, potrebbe per lo più rimanere illusoria ed inefficace, sia che il debitore nulla possegga a quell'epoca, sia che, possedendo dei beni, si affretti ad alienarli quando vede imminente la condanna; che non è esatto il dire che estendendola ai beni futuri si contrasti coi due grandi principii della pubblicità e della specialità, posciachè la pubblicità si ha mediante la formalità della iscrizione alla quale l'ipoteca giudiziale è sottoposta, e si ha pure la specialità mediante l'obbligo che la legge impone al creditore di prendere una speciale iscrizione sui beni che il debitore già possegga, o acquisti dopo la condanna, e che egli voglia colpire colla sua ipoteca, con indicarne la situazione e la natura come per tutte le altre; che non è ingiusto quel sistema, mentre il debitore ha mezzi di liberarsi dall'ipoteca soddisfacendo il suo debito, ed in ogni caso se vi è eccesso nella iscrizione può chiederne la riduzione; che non si può infine trarre argo-

marci a dimostrare la inopportunità di questa estensione, che ne costituisce il massimo inconveniente. Ma anco se la ipoteca giu-

---

mento da quanto è prescritto per l'ipoteca legale, giacchè quanto a questa dipende dalle parti di stipulare tutte le maggiori cautele che credano convenienti in occasione del matrimonio, la qual cosa non può farsi per l' ipoteca giudiziale del creditore in faccia al debitore, il quale per il più delle volte cerca di defraudarlo dei suoi diritti, anzichè concorrere a dargli le debite cautele. — Appoggia il primo preopinante altro commissario (Niutta), dichiarando però che egli combatterebbe l' ipoteca giudiziaria siccome contraria al diritto filosofico ed ai principii della pubblica economia, se non incontrasse ostacolo nella facoltà ben limitata conceduta al Governo dall'art. 2 della legge per l'unificazione legislativa. — Ma se l'ipoteca giudiziale deve aver luogo nel nuovo Codice italiano, abbenchè unanimemente condannata dalla dottrina ed anche dall' esempio di recenti legislazioni, non v' ha ragione che valga a poterla estendere ai beni futuri, anzichè circoscriverla a quelli che il debitore possedeva all'epoca della condanna. — Siffatta estensione della ipoteca giudiziale ai beni futuri sarebbe una vera esorbitanza e un favore anormale accordato ad un principio introdotto *contra rationem juris*. Il nuovo Codice sarebbe inconseguente e contraddittorio, se limitando, come limita, l' ipoteca legale ai soli beni presenti del debitore, estendesse poi l' ipoteca giudiziaria anche agli acquisti futuri. L'ipoteca deriva direttamente ed immediatamente dalla legge, e per ragioni di pubblico interesse va concessa ai minori, alle donne maritate, agli interdetti, ecc. L' ipoteca giudiziale deriva anche essa dalla legge, non però direttamente, ma pel semplice e nudo fatto dell' esistenza di una condanna pronunciata in materia civile. L' ipoteca legale propriamente detta, è però meritevole di maggior favore, che la giudiziaria. La scienza del diritto combatte questa, ma rispetta quella: nè v'ha, per quel che egli conosca, alcuno scrittore insigne che abbia proposta l' abolizione della ipoteca legale. Ben si diceva adunque che vi sarebbe nel Codice una specie d'inconseguenza e di contradizione, se si accordasse maggior favore all' ipoteca giudiziaria, estendendola ai beni futuri, mentre l' ipoteca legale è per esso limitata ai soli beni presenti. Si è detto che la moglie, o coloro che costituiscono la dote, possono stipulare una cautela speciale per la medesima, ove il marito non possegga a quell'epoca beni sufficienti per garantirla coll'ipoteca legale. Ma a parte che non si è indicato quale potesse essere questa cautela speciale, che è più facile asserire che effettuare, anche i creditori, a cui si concede l'ipoteca giudiziaria, avrebbero potuto premunirsi di un'ipoteca convenzionale o di altra garanzia. —

diziale dovesse essere conservata, restringerla ai beni presenti, come aveva fatto il legislatore toscano, nel motuproprio sulle ipoteche del 2 maggio 1836, sarebbe savio provvedimento; apparendo sommamente ingiusto di dare ai creditori il diritto d'iscriverla su beni che il debitore non possiede al momento della condanna, sui quali i creditori non avevano ragione alcuna di fare assegnamento quando, venuta meno la fiducia personale, si sono trovati nella necessità di procurarsi una garanzia reale (1).

Vi è però una sostanziale differenza fra l'ipoteca giudiziale, estesa eccezionalmente ai beni che pervengono dal debitore dopo la sentenza di condanna, e l'antica ipoteca tacita nascente in virtù del giudicato su tutti i beni presenti e futuri del debitore; impe-

---

Si è parlato del creditore che tale addivenga involontariamente, come sarebbe il caso della gestione di affari da altri intrapresa a sua insaputa, o del risarcimento dei danni provenienti da delitto o quasi delitto. Ma nel dar fuori una legge, non bisogna preoccuparsi solamente dei casi straordinari, e che rarissime volte avvengono, e trascurare poi i casi ordinari e frequentissimi. Comunemente si avvantaggiano dall'ipoteca giudiziaria coloro che ben avrebbero potuto stipulare un' ipoteca convenzionale od altra efficace cautela, e si avvantaggiano solo per essere stati i primi a correre in giudizio per molestare il debitore. Or si vorrebbe che questa celere corsa dei creditori chirografari fosse meritoria sino al punto che il nuovo Codice, dimenticando lo spirito che l' informa per la libertà dei beni e per la rimozione dei vincoli che incagliano il commercio della proprietà, dovesse sottoporre ad ipoteca i beni anche prima che il debitore li avesse acquistati, e ciò nel fine di stabilire una prelazione condannata del pari dalla logica e dall'equità? — Altro dei commissari (Bonacci) combatte le ragioni svolte dal preopinante, sostenendo la giustizia e la convenienza della disposizione di cui si tratta, senza della quale l'ipoteca giudiziale, che è pure ammessa da tutti i Codici ed è utilissima, potrebbe divenire tal fiata illusoria, e sopprimendo poi la disposizione medesima si spoglierebbe la legge di un mezzo giusto ed efficace per garantire i diritti dei creditori in faccia ai debitori di mala fede o restii ad adempiere le loro obbligazioni. — Il presidente riassume quindi la discussione, e pone ai voti la proposta dell'onorevole Precerutti la quale viene respinta con voti sei contro quattro ».

(1) Pochintesta, *op. cit.*, I, 187.

rocchè in quella sono rispettati i principii della pubblicità e specialità dell'ipoteca, la quale non ha effetto se non sopra i beni specialmente colpiti e dal momento della iscrizione; ed anche per ciò che riguarda i beni, ove la garanzia procuratasi dal debitore apparisca eccessiva, è ammessa a favore del debitore l'azione di riduzione quando il valore dei beni supera di un terzo l'importare dei crediti iscritti (art. 2027 Cod. civ.), come sarà dichiarato a suo luogo.

183. La legge parla di beni del debitore; per conseguenza la ipoteca non può essere iscritta sui beni di colui che, pure avendo sostenuto la lite ed essendo rimasto succombente, non è stato condannato in proprio, ma nella rappresentanza da lui legittimamente sostenuta di una persona diversa.

Questo inconcusso principio fu applicato dalla Cassazione di Firenze in una singolare specie di fatto (1). Certo dottor Norchi sostenne nel 1864, in rappresentanza di un suo figlio minore, una lite contro il comune di Volterra all'oggetto di ottenere a favore del medesimo la concessione di un posto gratuito nella carriera degli studi; rimase soccombente e fu condannato, nella sua qualità e rappresentanza, nelle spese del giudizio a favore del comune. Avendo il sindaco per l'ammontare di queste spese iscritta una ipoteca giudiziale sui beni particolari del dottor Norchi, questi ne domandò la cancellazione, e la domanda, respinta dal tribunale, fu riconosciuta giusta dalla Corte suprema sul fondamento che il dottor Norchi non era stato condannato in proprio, e che la ipoteca era stata iscritta sui beni che non appartenevano al soccombente (2).

---

(1) Cass. Firenze, 6 agosto 1870, *Giurispr. it.*, XXII, I, 734.

(2) La controversia era complicata dal fatto che il figlio, dopo la iscrizione della ipoteca, era premorto al padre; il Comune osservava che la ipoteca era convalidata dalla circostanza che il padre doveva reputarsi suo presunto erede. La Corte suprema escluse la qualità ereditaria; perchè non resultava l'accettazione della eredità. È poi da osservare che la legge toscana, dando un

184. Per ciò che attiene alla possibilità d'iscrivere ipoteca sui beni alienati dal debitore prima della iscrizione, deve aversi riguardo alla trascrizione del titolo di alienazione. Per conseguenza l'ipoteca giudiziale presa sopra un immobile alienato del debitore ha efficacia anche contro l'acquirente che non ha fatto trascrivere il proprio titolo d'acquisto; non varrebbe opporre che il creditore iscrivente era a notizia dell'alienazione, perchè la conoscenza stragiudiciale di questo fatto non può tener luogo della conoscenza legale, che deriva soltanto dall'adempimento della formalità richiesta dall'art. 1932 Cod. civ.

Invano si obietterebbe la eseguita voltura sui registri censuari in nome dell'acquirente; tale voltura non ha gli effetti della trascrizione, e se nel caso speciale dell'iscrizione contro un debitore defunto la legge prescrive che sia presa contro gli eredi ed aventi causa quando al tempo della iscrizione i beni appariscano da tre mesi voltati in loro nome (art. 1996 Cod. civ.), questa regola affatto eccezionale non si applica al caso della ipoteca iscritta contro un debitore vivente, la quale è, come si è detto, operativa di effetto anche sugli immobili da lui precedentemente alienati fino a che non sia seguita la trascrizione (1).

185. La ipoteca giudiziale può iscriversi soltanto su beni suscettivi d'ipoteca a forma dell'art. 1967 Cod. civ. Ciò è di evidenza intuitiva, nè occorre soffermarsi a dimostrarlo. Ci limitiamo a ricordare come una nostra Corte d'appello ebbe a decidere non potersi il diritto all'ipoteca giudiziale esercitare mediante suppegno del credito del proprio debitore (2); il credito, quantunque ipotecario, è cosa mobile (art. 418 Cod. civ.) non è perciò suscet-

---

esempio che dal legislatore italiano avrebbe dovuto essere imitato, escludeva nell'art. LXVIII la ipoteca giudizialo sui beni pervenuti nel debitore dopo la sentenza di condanna.

(1) Catania, 11 gennaio 1876, *Giurispr. it.*, XXVIII, I, II, 460.

(2) Milano, 13 novembre 1877, *Monit. trib. Mil.*, XIX, 109.

tivo d'ipoteca, bensì di pignoramento secondo le disposizioni degli art. 611 e segg. del Cod. di proc. civ.

186. Altra importante questione, che sarebbe da esaminare in questa sede, si è quella consistente nel determinare se la ipoteca giudiziale possa essere iscritta sui beni colpiti dalla trascrizione del precetto immobiliare, secondo le combinate disposizioni degli articoli 1933 n. 1, 2085 Cod. civ.; ma per naturale connessità reputiamo opportuno rinviare questo esame alla sezione seguente, ove sarà parlato della ipoteca convenzionale.

187. Le sentenze di condanna non producono l'ipoteca giudiziale sui beni di una eredità giacente o accettata con benefizio d'inventario (art. 1971 Cod. civ.). Il legislatore ha considerato che quando per la dichiarazione di giacenza, ò per effetto di accettazione beneficiata, i beni ereditari non entrano a far parte del patrimonio dell'erede, in modo che questi sia tenuto a rispondere personalmente delle obbligazioni contratte dal *de cujus* è opportuno fissare irrevocabilmente la situazione dei creditori dell'eredità, ed impedire che uno di essi si procuri in pregiudizio degli altri una ingiusta preferenza mediante l'iscrizione di una ipoteca giudiziale. Tanto la dichiarazione che una eredità è giacente, quanto l'accettazione della medesima con benefizio d'inventario, dànno luogo ad una amministrazione dei beni ereditari susseguita da liquidazione dei beni stessi in vantaggio dei creditori; il curatore nominato dal pretore del mandamento in cui si è aperta la successione nel primo caso (art. 981 Cod. civ.), l'erede beneficiato nel secondo (art. 964-969 Cod. civ.), hanno l'obbligo di amministrare i beni ereditari, di venderli nelle forme di legge, di procedere al pagamento dei debiti ereditari e di rendere conto del loro operato; di qui la giuridica necessità di non permettere ad un creditore di procurarsi una ingiusta causa di prelazione in pregiudizio degli altri; ognuno ha il diritto di fare assegnare al curatore dell'eredità giacente e all'erede con benefizio d'inventario un termine a render conto (art. 983, 971 Cod. civ.), e per conseguenza a vendere

i beni ereditari per distribuirne il prezzo fra i creditori della eredità. Ma la iscrizione d'ipoteche giudiziali, e il susseguente esercizio dell'azione ipotecaria per parte dei creditori, sarebbero incompatibili con la speciale situazione creata ai medesimi dalla morte del comune debitore.

D'altronde è da considerare che il curatore dell'eredità giacente e l'erede beneficiato mancherebbero di capacità per consentire una ipoteca convenzionale a favore dell'uno piuttosto che dell'altro fra i creditori respettivi; non hanno perciò qualità per essere condannati al pagamento di un debito, all'identico effetto di procurare ad uno dei creditori, in pregiudizio degli altri, una preferenza che si risolverebbe in una manifesta ingiustizia (1).

188. Se questo è lo scopo che il legislatore si è proposto di raggiungere con la disposizione dell'art. 1971 Cod. civ., è ovvio argomentare due importanti conseguenze; la prima, che l'ipoteca giudiziale può validamente essere iscritta anche sui beni di una eredità giacente o accettata con beneficio d'inventario, in virtù di sentenze di condanna proferite contro il debitore prima che sia aperta la successione (2); la seconda, che l'ipoteca giudiziale può

---

(1) MELUCCI, *op. cit.*, lez. VI, 6.

(2) Cons. su ciò SCIALOIA V., *Antologia giuridica*, IV, 128. Il Codice francese ha una disposizione che per la sua generalità si presta alla interpretazione contraria, essendo dichiarato che le iscrizioni ipotecarie non producono alcuno effetto fra i creditori di un'eredità accettata con benefizio d'inventario se prese a favore di uno di essi dopo aperta la successione. La locuzione adoperata dal legislatore nostro è ben diversa; invero nell'art. 1971 non si parla dell'iscrizione, ma dell'ipoteca. Si dice che le sentenze di condanna non producono ipoteca sui beni delle due eredità: da ciò si argomenta agevolmente che se la sentenza condennatoria è proferita contro il debitore, prima che si apra la successione, la ipoteca è prodotta, e si ha nella sentenza un titolo legale per iscriverla anco posteriormente alla morte del debitore. Infatti l'art. 1996, parlando in genere delle iscrizioni da prendere sopra i beni di un defunto, non eccettua i due casi contemplati nel nostro articolo. È poi da osservare che le leggi civili napoletane, pur ripetendo la regola dell'art. 2040 Cod. civ. franc.,

validamente iscriversi sui beni dell'eredità accettata con benefizio d'inventario a favore dei creditori dell'erede, in virtù di sentenze di condanna preferite contro di lui (1); soltanto, la ipoteca per tal modo iscritta non produce un effetto utile se non quando, soddisfatti interamente i creditori dell'eredità, resta, a vantaggio dell'erede, un sopravanzo utile sul quale i suoi creditori personali hanno diritto di conseguire pagamento.

La lettera dell'art. 1971 apparisce a prima vista contraria a questa seconda conseguenza, che si desume dallo scopo che il legislatore si è prefisso nel dettare tale disposizione; ciò non ostante ci pare non possa seriamente dubitarsi della perfetta corrispondenza dalla soluzione da noi accolta col rigore dei principii: l'art. 1971 non riflette che i creditori della eredità e le ipoteche che vorrebbero iscriversi a cautela dei crediti verso la eredità; la parola « *eredità* », adoperata in questo articolo, corrisponde perfettamente alla parola « *debitore* », adoperata nell'articolo precedente; i beni dell'eredità sono considerati nei loro rapporti coll'ente cui appartengono, e che, come tali, costituiscono la garanzia dei creditori dell'ente stesso. Il legislatore, dopo avere disposto nell'art. 1970 che le sentenze di condanna producono ipoteca sui beni del debitore, nel successivo articolo introduce una eccezione a questa regola pel caso in cui il debitore sia l'eredità giacente, od accettata con benefizio d'inventario; ma se il debitore è l'erede, non la eredità, se la sen-

---

vi aggiungevano la restrizione seguente: « *meno che quando non si sia potuto giungere per la brevità del tempo ad iscrivere l'atto costitutivo dell'ipoteca, il che si presume ove non sieno ancora trascorsi quindici giorni dalla data dell'atto fino alla morte del promittente* » (art. 2046). Ciò rivela una tendenza a modificare il principio troppo assoluto del Codice francese, tendenza che il legislatore italiano ha opportunamente tradotto in atto.

(1) Cass. Torino, 30 gennaio 1879, *Annali di giurispr. it.*, XIII, I, I, 159; Trib. Napoli, 20 aprile 1881, *Gazz. proc.*, XVI, 198; Cass. Torino, 18 novembre 1886, *Legge*, XXV, I, 297; PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 152; MELUCCI, *op. cit.*, lez. VI, 7.

tenza di condanna è proferita contro di quello, non contro di questa, l'eccezione non è altrimenti applicabile e la regola riprende tutto il suo impero (1).

189. La disposizione dell'art. 1971 è assoluta; per conseguenza una ipoteca iscritta sui beni di una eredità giacente, o accettata con benefizio d'inventario, in virtù di una sentenza di condanna proferita contro la medesima, sarebbe da considerarsi come inesistente, e perciò come incapace di produrre qualunque effetto (2). La iscrizione non potrebbe sortire effetto utile neppure nel caso in cui, presa sui beni di una eredità accettata con benefizio d'inventario, il creditore pretendesse di farla valere dopo che l'erede fosse decaduto da questo benefizio (3). Verificandosi per una delle cause previste dalla legge la decadenza dell'erede (art. 967, 973, 974 Cod. civ.), possono liberamente iscriversi ipoteche giudiziali sui beni ereditari dai creditori dell'eredità; ma deve prima essere dichiarata la decadenza con giudicato della competente autorità.

Osserviamo per ultimo che non si può iscrivere ipoteca sui beni di una eredità, quando ancora sia stata accettata con benefizio d'inventario da alcuni eredi soltanto (4); infatti se tra più eredi taluno vuole accettare l'eredità col benefizio dell'inventario, ed altri senza, l'eredità deve essere accettata col detto benefizio, e in questo caso la dichiarazione fatta da uno solo vale per tutti (art. 958 Cod. civ.), purchè sia poi susseguita dall'inventario nei termini stabiliti dalla legge (art. 959 Cod. civ.).

---

(1) Cons. citata sentenza Cass. Torino, 30 gennaio 1879, *Annali di giurispr. it.*, XII, I, I, 159.

(2) Roma, 3 novembre 1888, *Temi romana*, III, 538.

(3) Decise il contrario una sentenza della Cass. di Palermo, 11 agosto 1891, *Circ. giur.*, 1891, 253; ma la opinione espressa nel testo è la più consentanea alla lettera e allo spirito della legge. Il creditore non può far suo prò di un fatto sopravvenuto, in pregiudizio dei creditori che in ossequio al precetto del legislatore si sono astenuti dal prendere ipoteca.

(4) Venezia, 10 ottobre 1893, *Temi ven.*, 1894, 62.

190. Muovendo da un concetto analogo a quello che ispira l'art. 1971 Cod. civ., dal concetto cioè di fissare irrevocabilmente la condizione dei creditori, onde taluno di essi non possa procurarsi ingiuste preferenze in pregiudizio degli altri, il legislatore prescrive che le ipoteche giudiziali prese dopo la sentenza dichiarativa del fallimento di un commerciante non possono avere alcun effetto utile pel creditore iscrivente. L'art. 710 del vigente Cod. di comm. non lascia su ciò il menomo dubbio; disponendo esso, che le iscrizioni ipotecarie prese in virtù di un titolo riconosciuto valido non sono nulle di pieno diritto, nè si presumono prese in frode dei creditori, purchè siano anteriori alla sentenza dichiarativa del fallimento, nella sua generalità comprende anco le ipoteche giudiziali per quanto indipendenti dalla volontà del debitore.

Ma se non è dato sollevare questione su ciò, è al contrario assai disputato se pel Codice di commercio in vigore si presumano fatte in frode dei creditori, e siano perciò da annullarsi rispetto alla massa, le ipoteche giudiziali prese prima della sentenza dichiarativa, ma posteriormente alla data della cessazione dei pagamenti stabilita a norma dell'articolo 704 dello stesso Codice. L'articolo 709 del medesimo stabilisce a questo riguardo due distinte presunzioni, una *juris et de jure* per gli atti posti in essere nei dieci giorni anteriori alla dichiarazione del fallimento; l'altra *juris tantum* per gli atti posti in essere posteriormente alla data di cessazione dei pagamenti, ma prima del periodo di dieci giorni sopra indicato (1).

---

(1) Art. 709 Cod. di comm.: « Si presumono fatti in frode dei creditori, e in mancanza della prova contraria sono annullati rispetto alla massa dei creditori, qualora siano avvenuti posteriormente alla data della cessazione dei pagamenti: — 1.° Tutti gli atti, i pagamenti e le alienazioni a titolo oneroso, quando il terzo conoscesse lo stato di cessazione dei pagamenti in cui si trovava il commerciante, benchè non ancora dichiarato fallito; — 2.° Gli atti e i contratti commutativi in cui i valori dati o le obbligazioni assunte dal fallito

La questione ha origine dal fatto che il legislatore parla nel n. 4 del citato articolo d'ipoteche costituite sui beni del debitore, accennando con ciò alle sole ipoteche convenzionali le quali, essendo liberamente e volontariamente consentite dal debitore, presuppongono un accordo volontario che la legge ritiene fraudolento, ammettendo o no la prova contraria a seconda dell'epoca più o meno prossima alla dichiarazione di fallimento in cui ha avuto luogo; con la espressione « *costituite* » il legislatore non può essersi riferito alle ipoteche giudiziali, che sono una conseguenza legittima della sentenza e vengono iscritte indipendentemente dalla volontà del debitore, restando perciò immuni dal sospetto che investe gli atti compiuti dal medesimo mentre la cessazione dei pagamenti ha avuto principio.

Non è nostro còmpito discutere siffatta questione, estranea al diritto civile; ci limitiamo ad osservare che la giurisprudenza prevalente propende per ritenere che la ipoteca giudiziale ottenuta ed iscritta dal creditore nel tempo intermedio fra la cessazione dei pagamenti e la sentenza dichiarativa del fallimento, non è investita dalla presunzione di frode di che al n. 4 dell'art. 709 del Cod. di comm. (1).

---

sorpassino notevolmente ciò che a lui è stato dato o promesso; — 3.° I pagamenti di debiti scaduti ed esigibili, che non siano stati eseguiti con danaro o con effetti di commercio; — 4.° I pegni, le anticresi e le ipoteche costituite sui beni del debitore (art. 454 e seg., 1878 e seg., 1891 e seg., 1974 e seg. Cod. civ.). — La stessa presunzione ha luogo per gli atti, i pagamenti e le alienazioni a qualunque titolo avvenuti nei dieci giorni anteriori alla dichiarazione di fallimento, anche in difetto degli estremi sopra enunciati ».

(1) In questo senso possono consultarsi le decisioni seguenti: Lucca, 30 giugno 1885, *Foro it.*, 1885, I, 1063; Catania, 21 settembre 1885, *Foro it.*, 1885, I, 1193; Cass. Firenze, 28 giugno 1886, *Foro it.*, 1886, I, 789; Cass. Roma, 7 luglio 1888, *Temi rom.*, VIII, 289; Napoli, 18 luglio 1888, *Foro it.*, 1888, I, 1007; Cass. Torino, 9 aprile 1888, 5 settembre 1889, 12 maggio 1890, 7 febbraio 1891, *Foro it.*, 1888, I, 565, 1890, I, 31 e 1196, 1891, I, 496; Cass. Firenze, 27 luglio 1893, *Annali di giurispr. it.*, XXVII, I, 1, 392;

Di fronte alla ipoteca giudiziale iscritta prima della dichiarazione di fallimento i creditori che ne vengono danneggiati non hanno altro rimedio che l'azione revocatoria, da proporsi secondo le disposizioni dell'art. 1235 Cod. civ. Quest' azione può essere proposta senza che si abbia riguardo al tempo della iscrizione (articolo 708 Cod. di comm.) e per conseguenza anco se la ipoteca sia stata iscritta in epoca anteriore alla cessazione dei pagamenti; ma l'onere della prova non è invertito, e resta applicabile in tutto il suo vigore il principio generale proclamato dall' art. 1312 Codice civile.

Cass. Palermo, 13 marzo 1894 , *Foro it.*, 1894, I, 435 ; e più specialmente la sentenza della Corte suprema di Roma a sezioni unite 19 aprile 1892, a relazione BANDINI, che contiene un completo svolgimento dell' importante controversia (*Annali di giurispr. it.*, XXVI, I, I, 203). La Corte di cassazione di Napoli ha in ripetute decisioni ritenuto il contrario: sentenze 7 gennaio 1888, *Annali di giurispr. it.*, XXII, I, 142; 6 giugno 1888, *Legge*, 1889, II, 230 ; 20 dicembre 1888, *Annali di giurispr. it.*, XXII, I, 535; 7 febbraio 1889, *Annali di giurispr. it.*, XXIII, I, 131; 16 aprile 1890, *Foro it.*, XVI, I, 475; 12 maggio 1891, *Annali di giurispr. it.*, XXV, I, 279 ; 17 novembre 1893, *Annali di giurispr. it.*, XXVIII, I, 74. Anco la cassazione di Roma aveva nelle sentenze 17 luglio 1889 e 31 marzo 1890 (*Annali di giurispr. it.*, XXIII, I, 418) adottato la massima della Cassazione napoletana, ma poi ebbe a ricredersi nella citata sentenza a sezioni unite 19 aprile 1892. Nel senso della validità, merita di essere consultata, perchè contiene una completa monografia sull' argomento, la dotta allegazione di CANNADA-BARTOLI, presentata alla Corte di cassazione di Napoli in causa Prudenza e Fruscione contro Giordano ; la Cassazione di Napoli mantenne a sezioni unite la sua giurisprudenza, sebbene il Tribunale civile di quella città, con decisione 20 giugno 1888, avesse tentato di ribellarsi alla dottrina professata dalla Corte suprema. Cons. in argomento due scritti di ENRICO CAVO, *Diritto commerciale*, VIII, 805, IX, 879. Cons. ancora la monografia di RAGGINI in *Giurispr. it.*, 1892, IV, 344.

§ 5.

Accessori del credito.

SOMMARIO

191. Interessi e spese.

191. Chi ha diritto d'iscrivere in ordine a sentenza portante condanna una ipoteca giudiziale, può farlo tanto per la sorte principale quanto per gli accessori; quindi per tre annate d'interessi, se in virtù della sentenza siano dovuti (1), e per le spese. Anzi la iscrizione può esser presa soltanto per queste, nella cifra in cui sono state tassate con la sentenza o con ordinanza posteriore del giudice delegato (2), se la sentenza non contiene altra condanna: ciò può avvenire nel caso in cui, essendo rigettate le istanze dell'attore, il medesimo è condannato al pagamento delle spese in ragione della sua soccombenza in conformità di quanto dispone l'art. 370 Cod. proc. civ.

SEZIONE IV

IPOTECA CONVENZIONALE.

SOMMARIO

192. Definizione e divisione della materia.

192. La ipoteca convenzionale è quella costituita direttamente da chi ha la proprietà dell' immobile ipotecato, ed è capace di alienarlo, a favore del creditore, per sicurezza di un debito proprio od altrui.

---

(1) Cass. Torino, 19 maggio 1871, *Annali di giurispr. it.*, V, I, 210.

(2) La iscrizione può esser presa anco prima della tassazione, in cifra approssimativa, in virtù dell'art. 1992 capov. Cod. civ.; ma in tal caso ha efficacia soltanto per la somma che viene poi liquidata con la ordinanza di tassazione (art. 375 Cod. proc. civ.).

Due condizioni adunque si richiedono per la validità di questa ipoteca per ciò che attiene alla persona del costituente; occorre, in primo luogo, che esso abbia la proprietà dell' immobile ipotecato; in secondo luogo, che abbia la capacità di alienarlo.

Ci occuperemo in separati paragrafi di queste due condizioni, per parlare di poi, in paragrafi successivi, dell' atto costitutivo dell'ipoteca nella sua forma e nel suo contenuto, delle obbligazioni che possono essere garantite con ipoteca, dei beni che possono esserne colpiti e dei diritti spettanti al creditore in caso che si verifichino la perdita o il deterioramento dei beni stessi.

Per tal modo avremo la opportunità di commentare le disposizioni tutte della Sezione III, Capo II, Titolo XXIII, Libro III Codice civile e potremo passare nel capitolo secondo a considerare la ipoteca nel suo oggetto, offrendo al lettore il commento degli art. 1966, 1967 Cod. civ.

§ 1.

Proprietà dell'immobile ipotecato.

SOMMARIO

193. Prima condizione per ipotecare un immobile è l'averne la proprietà. Nullità dell' ipoteca della cosa altrui — **194.** La nullità è assoluta. Non è convalidata neppure dall' acquisto posteriore della proprietà per parte del costituente — **195.** Neppure se il proprietario dell'immobile ipotecato succedesse al costituente per diritto di eredità — **196.** La nullità può essere dedotta da qualunque interessato — **197.** Costituzione della ipoteca sulla cosa altrui con promessa di ratifica per parte del proprietario — **198.** Ipoteca costituita dall' erede apparente — **199.** Ipoteca consentita dall' alienante prima che sia trascritto il titolo dell'alienazione — **200.** Ipoteca concessa da chi ha sull'immobile un diritto sospeso, risolvibile, od annullabile — **201.** Applicazioni del principio che la ipoteca è in questi casi soggetta alle stesse eventualità alle quali è sottoposto il diritto del costituente — **202.** Osservazioni speciali al caso della ipoteca costituita sul fondo legato sotto condizione sospensiva — **203.** Diritti nascenti dal con-

tratto di enfiteusi — 204. Diritti annullabili — 205. Casi nei quali la legge dispone che la risoluzione, la rescissione e l'annullamento non pregiudicano ai terzi — 206. Trascrizione delle domande di risoluzione, rescissione e annullamento — 207. Ipoteca consentita dal condomino — 208. Osservazione speciale alla società — 209. Ipoteca costituita sull'usufrutto; rinvio.

193. Per ipotecare un immobile occorre anzitutto averne la proprietà; che se la ipoteca, anzi che sulla proprietà piena, fosse costituita sopra uno di quelli fra i suoi elementi frazionari che la legge dichiara immobili per l'oggetto (art. 415 Cod. civ.), e che ne sono suscettivi (art. 1967 Cod. civ.), basterebbe per la validità sua che fosse consentita da chi è titolare del relativo diritto; in questo senso il concedente e l'enfiteuta possono ipotecare, l'uno il dominio diretto, l'altro il dominio utile dei beni enfiteutici; l'usufruttuario può ipotecare il suo diritto di usufrutto, con quegli effetti e con quelle norme che saranno oggetto di studio, per parte nostra, nel capitolo seguente.

Dal principio che per ipotecare un immobile, o un diritto immobiliare suscettivo di questo vincolo, occorre averne la proprietà, si argomenta facilmente la nullità della ipoteca sulla cosa altrui.

Lo stesso diritto romano, che pur dichiarava valida la vendita della cosa altrui (1), proclamava per l'ipoteca il principio opposto (2); imperocchè la vendita non era in diritto romano atto traslativo del dominio, ma produceva soltanto l'obbligazione personale di consegnare la cosa venduta, che poteva risolversi nel risarcimento dei danni, mentre la costituzione del pegno o della ipoteca, essendo attributiva del diritto reale, non poteva essere efficacemente consentita se non da chi era proprietario della cosa

(1) « *Rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est* » L. 28 D. *De contrah. empt.* (XVIII, 1).

(2) « *Rem alienam, invito domino, pignori obbligari non posse, certissimum est* » L. 6 C. *Si aliena res pignori data sit* (VIII, 16).

data in garanzia (1). Per ciò che attiene al diritto civile italiano ogni più lontano dubbio è escluso dal fatto che anche la vendita della cosa altrui è dichiarata nulla (art. 1459 Cod. civ.), in virtù del principio della trasmissione consensuale della proprietà (articoli 1126, 1448 Cod. civ.); ma il dubbio non avrebbe ragione di sussistere, anche facendo astrazione da questo principio, stante la realità del diritto d'ipoteca (2).

L'ipoteca non potrebbe validamente consentirsi sull'immobile altrui, neppure sotto la condizione che in seguito divenisse proprietà del costituente (3); in questa specie di fatto si avrebbe una ipoteca su beni futuri, espressamente vietata dall'art. 1977 Codice civile (4); il contrario non può argomentarsi dal principio che colui che ha sull'immobile un diritto sospeso da una condizione può costituire un'ipoteca soggetta alla medesima eventualità (art. 1976 Cod. civ.); perchè qui non sarebbe condizionale il diritto sull'immobile, sarebbe condizionale la ipoteca, e la condizione sarebbe giuridicamente impossibile, ed osterebbe alla sua efficacia una di-

---

(1) Cons. su ciò CARABELLI (*op. cit.*, § XIII, n. 5) che riporta la ragione della differenza, data da ACCURSIO nella *Glossa:* « Quia in pignore oportet quod constituam et jus in re, idest obligationem quamdam; quod facere non possum si res est aliena. Sed in venditione non tenere nisi quamdam asininam possessionem tradere, et me pro evictione obligare: et ita est jus in persona quod possum etiam in re aliena ». Lo stesso CARABELLI opportunamente osserva che con questa distinzione limitavasi il senso troppo assoluto dell'aforisma di GAJO: « *quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest* » (L. 20 D. *De pignor.* (XX, 1), ricordando ancora la celebre L. 30 D. *De action. empti et vend.* (XIX, 1) « *venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat* ».

(2) Su ciò sono d'accordo tutti gli scrittori. Possono consultarsi: BORSARI, *Commento*, § 4201; RICCI, *op. cit.*, X, 184; PACIFICI-MAZZONI, *op. cit*, I, 157; POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 205.

(3) L. 17, 57 D. *De pignor. et hyp.* (XX, 1): « *Aliena res utiliter potest obligari sub conditione, si debitoris facta fuerit* ». GLÜCK, *Pandette*, § 1077.

(4) PACIFICI-MAZZONI, *loc. cit.*; POCHINTESTA, *loc. cit.*

sposizione proibitiva (art. 12 tit. prelim. al Cod. civ., art. 1119 Cod. civ.) (1).

194. Vi è però una differenza sostanziale fra la vendita e la ipoteca dell' immobile altrui, in quanto la prima dà luogo a nullità relativa, disponendo l'art. 1459 capov. Cod. civ. che la nullità non si può mai opporre dal venditore, mentre la seconda dà luogo a nullità assoluta, che può essere dedotta da qualunque interessato, e per conseguenza dallo stesso costituente e dai suoi eredi od aventi causa (2).

Il principio da noi formulato non presenta difficoltà se la cosa ipotecata dal non proprietario non è divenuta sua proprietà neppure successivamente; si ha in questo caso una semplice apparenza d'ipoteca, che non può produrre effetto alcuno; il vero proprietario dell'immobile apparentemente gravato, potrebbe sempre domandarne la cancellazione, posto che fosse stata iscritta, sebbene non potesse essere presa contro di lui, e per conseguenza non potesse essere di ostacolo alla libera trasmissione del suo fondo (3);

---

(1) Il cod. civ. francese precisando nell'art. 2129 le indicazioni che dovevano a pena di nullità essere contenute nell'atto costitutivo dell'ipoteca intorno agl'immobili gravati, aggiungeva la espressione « *actuellement appartenant au débiteur* » che toglieva ogni dubbio; la espressione, riprodotta nella legge belga (LAURENT, *op. cit.*, XXX, 467) e in alcune delle legislazioni italiane anteriori (Leggi civ. napolet. art. 2015, Cod. albert. art. 2089, Regolam. pontif. art. 126) non fu ripetuta nell'articolo 1979 Codice civile perchè reputata superflua e perchè d'altronde non rispettava esattamente al concetto della ipoteca, che può essere data non soltanto dal debitore ma da un terzo (POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 205 in nota). Forse sarebbe stato meglio dire « *attualmente spettanti al costituente* »; ma supplisce l'art. 1977.

(2) LAURENT, *op. cit.*, XXX, 469; AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 266 testo e nota 4.

(3) Il sistema tavolare germanico esigendo la iscrizione ipotecaria in relazione al fondo, anzichè in relazione alla persona del proprietario, rende impossibile la ipotesi della iscrizione di una ipoteca consentita da chi non è proprietario dell'immobile. Nel sistema nostro invece la cosa è possibile, perchè le iscrizioni si prendono in relazione alla persona che lo consente. Niun danno

ma qualsiasi altro interessato potrebbe provocare la dichiarazione d'inesistenza del diritto reale (1).

Ma se l'immobile ipotecato da colui che non ne aveva la proprietà viene ad appartenergli in progresso di tempo, sia perchè se ne rende acquirente per atto tra i vivi, sia perchè succede a titolo universale o particolare nella proprietà dell'immobile, il principio formulato di sopra incontra nella pratica qualche obiezione.

Il diritto romano ammetteva in questo caso che la ipoteca valesse, nel senso che colui che l'aveva costituita, ed era poi divenuto proprietario del fondo gravato, non fosse ammesso ad eccepirne la nullità, imperocchè spettava al creditore, *ex aequitate*, l'*actio utilis hypothecaria* (2); ma siffatta soluzione non sarebbe am-

può derivare, però, da ipoteche consentite su beni altrui, per quanto iscritte: i fondi apparentemente ipotecati rimangono liberi e il conservatore delle ipoteche rilascerà certificato negativo, quando il proprietario si decida a venderli o ipotecarli.

(1) Il LAURENT (*op. cit.*, 469) applica opportunamente la nota distinzione fra atto nullo e atto inesistente, che risponde alla realtà delle cose sebbene non sia nettamente posta nel testo delle leggi. Abbiamo adoperato le parole nullità assoluta, nullità relativa, onde porci in armonia con la disposizione dell'art. 14[illegible]9 capoverso Codice civile.

(2) « *Sed et si filiusfamilias, patre suo relegato, vel longo tempore absente, dotem pro filia promiserit, et rem patris pignori dedit . . . plane si patris haeres extiterit, et pignus persequatur, exceptione doli mali submovebitur* » : L. 5, § 2, D. *Ad SC. maced.* « *Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei ejus esse coepisti; datur utilis actio pignoraticia creditori* : L. 41 D. *De pignorat. act.* (XIII , 7). « *Quum res, quae nondum in bonis debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis ei esse incipiat, ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est, sed tamen aequitatem facere , ut facile utilis persecutio , exemplo pignoraticiae, daretur* »: L. 5, C. *Si aliena res pignori* (VIII, 17). Nel diritto francese questa stessa teoria è stata propugnata dal TROPLONG (*op. cit.*, 521) il quale considera come « *de tous les temps et de tous les lieux* ». Sono di contrario avviso : GRENIER, *op. cit.*, I, 51; ZACHARIAE, *op. cit.*, § 266; LAURENT, *op. cit.*, 471. Nel senso di nullità sostanziale, che non può essere convalidata con lo acquisto posteriore, cons. Cass. franc. 24 maggio 1892, *Journ. du Pal.*, 1892, I, 269 con la nota.

missibile nel diritto vigente, dato il divieto d'ipotecare i beni futuri, e la nullità assoluta che ne deriva.

La ipotesi specialmente che chi ha dato in ipoteca il fondo altrui ne divenga proprietario per diritto di eredità, presenta la precisa espressione del motivo che ha determinato il legislatore a vietare in modo assoluto che i beni futuri possano essere ipotecati; ammettendo che il successivo acquisto valesse a convalidare la ipoteca, costituita nullamente quando l' immobile gravato era altrui, si verrebbe indirettamente a permettere la dilapidazione per parte dei figli di famiglia, ad incoraggiare la usura nella sua forma più brutale e perciò più riprovevole (1); ma anco nel caso in cui chi ha costituito la ipoteca sui beni altrui ne divenga poi proprietario per atto di acquisto tra i vivi, non si può ammettere che l'acquisto tenga luogo di atto confermativo; per la validità della ipoteca occorre l' attualità del diritto di chi la consente sui beni che ne sono oggetto; mancando questa, manca un requisito essenziale per la esistenza del diritto reale. Chi ha costituito nullamente la ipoteca sulla cosa altrui, può ipotecarla nuovamente a favore dello stesso creditore, ma la nuova ipoteca non può prendere grado che dal momento della sua iscrizione (2).

---

(1) Basta osservare che la ipoteca concessa dal figlio sui beni del padre mentre questi è tuttora in vita, si risolverebbe in un'alienazione di beni di una successione futura; l'art. 1460 Cod. civ. vieta in modo assoluto « la vendita dei diritti di successione di una persona vivente, ancorchè questa vi acconsenta » ed il principio vale anche per l'ipoteca, che non è vendita per ciò che attiene alla capacità di consentirla.

(2) La Corte d'appello di Casale ebbe a dichiarare valida una ipoteca consentita dal debitore su beni che non erano sua proprietà ma che stavano per divenirlo « essendo già convenuto il prezzo e le condizioni dell'acquisto » (2 dicembre 1868, *Annali di giurispr. it.*, II, II, 636); questo caso singolare non contradice al principio da noi accolto nel testo; la Corte, nella imminenza dell'acquisto che il debitore stava per fare. non considerò i beni assoggettati come futuri. È certo però che sarebbe stato più regolare dichiarare nulla la costituzione della ipoteca. Nel senso della citata decisione di Casale si ha pure una

195. Lo stesso sarebbe a dirsi del caso in cui il proprietario dell'immobile divenisse erede puro e semplice di colui che lo ipotecò a favore del proprio creditore, e sottentrò per conseguenza nelle obbligazioni di quest'ultimo (1); il diritto romano ammetteva, anco in questo caso, l'*actio utilis* (2); ma tale soluzione non sarebbe ammissibile sotto l'impero del Codice vigente, perchè sa-

---

sentenza della Cassazione di Napoli del 29 novembre 1879 (*Giur. it.*, XXXII, I, I, 114) la quale, per essere concepita in termini assoluti e per accogliere senz'altro la teorica romana della convalidazione per acquisto posteriore fatto dal costituente, non merita, a parer nostro, di essere accolta. La redazione del periodico la *Giurisprudenza italiana* accompagna infatti questa sentenza da una breve nota critica nella quale, dopo avere citato nel senso della suprema Corte napoletana, una sentenza della Corte d'appello di Catanzaro del 20 ottobre 1868 (*Giurista calabr.*, III, 53), riporta le parole con le quali il LAURENT propugna la opinione contraria, nonchè varie sentenze francesi. La Corte di Cassazione ha creduto di poter ammettere la convalidazione partendo dal concetto che ipoteca su beni futuri, vietata dalla legge, sia soltanto quella consentita genericamente, senza specifica designazione dei beni gravati; ipotecato un determinato immobile, particolarmente descritto, che non appartenga a colui che consente la ipoteca, non è dato, secondo la Corte, al costituente di eccepire la nullità del diritto da lui concesso « *non potendo la nullità originaria sopravvivere alla causa che l'abbia prodotta* ». Noi crediamo invece che la nullità potrebbe essere eccepita da chiunque; soltanto il costituente sarebbe tenuto in ragione del suo dolo o della sua colpa; ma l'azione derivante dal dolo è *personale* non *reale;* all'esercizio dell'azione *reale* (ipotecaria), è di ostacolo la insanabile nullità iniziale dello *jus in re*.

(1) Abbiamo detto « *erede puro e semplice* »; l'accettazione della eredità con benefizio di legge e d'inventario, evitando la confusione del patrimonio dell'erede con quello del defunto, rende impossibile ogni dubbio.

(2) L. 22, D. *De pignor. et hyp.* (XX, 1): « *Si Titio, qui rem meam ignorante me, creditori suo pignori obligaverit, heres extitero, ex post facto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pignoraticia dabitur creditori* ». V. però la L. 41, D. *De pignor. act.* (XIII, 7) ove Paolo nega l'*actio hypothecaria* in questo caso. L'adizione della eredità non rendeva valida, secondo GLÜCK (*Pandette*, § 1077), la costituzione del pegno fatta *a non domino*.

remmo egualmente di fronte ad una ipoteca costituita su beni altrui, e perciò incapace di produrre effetto alcuno, per difetto di un requisito essenziale alla sua stessa esistenza.

196. Ciò posto, la distinzione che fanno alcuni intorno alla proponibilità della eccezione di nullità, non ha ragione di essere; la nullità può essere dedotta non soltanto dal creditore ipotecario posteriormente iscritto, che acquistò l'ipoteca contro il proprietatio dell'immobile, ma anco dai creditori chirografari e dallo stesso costituente, divenuto poi proprietario dell'immobile, o dal proprietario divenuto erede del costituente.

Anzi la nullità della ipoteca concessa sulla cosa altrui è così radicale ed assoluta, che il creditore a cui fu concessa, non potrebbe servirsi del suo titolo neppure per prendere una nuova ipoteca sull'immobile divenuto proprio del suo debitore; dovendo applicarsi in tutto il suo rigore la regola catoniana, *quod nullum est, nullum producit effectum* (1).

Neppure è il caso di distinguere secondo che la ipoteca è data od accettata sull'immobile altrui per errore o scientemente; l'errore o la scienza possono servire di base all'azione di risarcimento, ma non sono valutabili all'effetto di accordare o negare l'azione ipotecaria (2).

197. Si è configurato dagli scrittori francesi, e sulle loro traccie dai nostri, il caso che chi consente la ipoteca sulla cosa altrui lo faccia promettendo la ratifica del proprietario (3). L'articolo 1129 Cod. civ., corrispondente all'art. 1120 Cod. civ. francese, dà il modo di risolvere la questione: « Può taluno, dispone questo articolo, obbligarsi verso un altro promettendo il fatto di

---

(1) POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 208.

(2) Una assai completa trattazione dell'argomento della ipoteca della cosa altrui presenta il MELUCCI (*op. cit.*, lez. IX, n. 2-10), di solito troppo conciso nella sua esposizione; esso pure conclude per la *inesistenza* di tale ipoteca, ammettendo tutte le conseguenze derivanti da tale conclusione.

(3) MELUCCI, *op. cit.*, lez. IX; PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 157.

una terza persona ». Si avrà dunque ipoteca valida se il proprietario dell' immobile farà onore alla promessa del debitore e presterà il consenso necessario per iscrivere la ipoteca stessa; ma se il proprietario non presterà questo consenso, non si avrà che una azione personale di risarcimento verso il debitore. Infatti il citato articolo così continua: « Tale promessa dà soltanto diritto ad indennità verso colui che si è obbligato, o che ha promesso la ratifica del terzo, se questi ricusa di adempiere l'obbligazione ».

Nella ipotesi configurata non si ha dunque ipoteca sulla cosa altrui; si ha una semplice promessa di procurare che il terzo dia ipoteca, promessa che genera una semplice obbligazione personale del promittente. Il diritto reale nasce soltanto dal fatto del terzo, in quanto questi, facendo onore alla promessa, consente la ipoteca. Un effetto retroattivo di questo consenso, all' oggetto di attribuire alla ipoteca, che fosse stata iscritta in virtù della promessa del debitore, il grado derivante dalla iscrizione originaria, non è assolutamente da ammettersi. Prescindendo infatti dal considerare che il conservatore delle ipoteche rifiuterebbe la iscrizione della ipoteca finchè non fosse intervenuto il consenso del proprietario (1), è indubitato che la regola *ratihabitio mandato equiparatur*, invocata da un celebre scrittore francese (2), è incompatibile con la essenza

(1) L'ipoteca consentita puramente e semplicemente sui beni altrui può essere iscritta, perchè il conservatore delle ipoteche non ha obbligo d'investigare i titoli di proprietà; se nell'atto costitutivo della ipoteca e nelle note che gli vengono presentate per ottenere la iscrizione egli trova che i beni sono dichiarati proprietà del costituente, egli iscrive la ipoteca senza indagare la verità della dichiarazione; ma se al contrario fosse espressamente dichiarato che i beni appartengono ad un terzo e colui che consente la ipoteca promettesse la ratifica del proprietario, il conservatore avrebbe nello stesso atto costitutivo la prova della mancanza di un requisito essenziale per la esistenza della ipoteca, e rifiuterebbe perciò d' iscriverla sui suoi registri finchè la ratifica non fosse intervenuta.

(2) Pont, *op. cit.*, XI, 626; Mourlon, *Rép. écrites*, III, 956. Questi scrittori sono stati tratti in equivoco da una sentenza della Corte di Orleans del 13

del rapporto giuridico di cui si tratta. Detta regola infatti vale per quegli atti giuridici che si perfezionano col solo consenso delle parti, non per quelli la validità dei quali è subordinata a certe speciali condizioni e a certe forme. Tale è la costituzione della ipoteca, che si estrinseca ed ha effetto di fronte ai terzi soltanto in virtù della iscrizione (1).

198. Una eccezione al principio che per ipotecare validamente un immobile occorre averne la proprietà al momento in cui la ipoteca è costituita, è ammessa dal Codice civile nel caso della ipoteca costituita dall'erede apparente a favore di un terzo di buona fede: l'erede apparente non è proprietario; l' erede vero che rivendica i beni ereditari, si considera come immesso nel loro possesso sino dal momento in cui fu aperta la successione (2); ciò non ostante la legge, preoccupandosi dei gravi danni che risentirebbero i terzi i quali hanno posto in essere contratti a titolo oneroso con chi si trovava al materiale possesso della eredità, ed aveva tutta l'apparenza di esserne il titolare, dichiara salvi i loro diritti (3). Le costituzioni d'ipoteca, quando siano consentite a titolo oneroso (4), sono dunque valide, sebbene il costituente non fosse proprietario, perchè pareva che lo fosse, ed era reputato tale. Fra l'erede vero, che per qual si voglia causa reclama tardivamente il possesso dei beni ereditari, e il terzo, che in buona fede ha contrattato con chi era per comune opinione considerato come erede,

---

novembre 1852 (*Journ. du Pal.*, 1853, I, 353) la quale, a vero dire, non ammise la retroattività, ma la efficacia della ratifica « *saufs les droits acquis à des tiers* ».

(1) AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 266, testo e nota 6; LAURENT, *op. cit.*, 473.

(2) Art. 933 Cod. civ.: « L'effetto dell'accettazione risale al giorno in cui è aperta la successione ».

(3) Art. 933 capov. Cod. civ.: « Sono però sempre salvi i diritti acquistati dai terzi per effetto di convenzioni a titolo oneroso fatte di buona fede coll'erede apparente ».

(4) Una ipoteca potrebbe essere costituita a titolo gratuito; come se l'erede apparente facesse una donazione in vantaggio di un terzo e garantisse ipotecariamente la prestazione oggetto della liberalità.

che era nel possesso di quei beni, il legislatore non esita ad accordare la sua protezione al terzo, in omaggio al principio che vuole sicurezza nelle contrattazioni, onde lo sviluppo del credito non sia danneggiato dalla possibilità di far valere domande di nullità imprevedute ed imprevedibili (1).

199. Alle ipoteche consentite dal non proprietario e perciò inesistenti, non sono da equipararsi quelle consentite da chi ha cessato di esserlo in virtù di un' alienazione da lui posta in essere, prima che l'atto relativo sia reso pubblico mediante la trascrizione. È questo uno speciale effetto dell' ordinamento dato dal legislatore italiano alla trascrizione degli atti concernenti la proprietà immobiliare. La vendita, che ha effetto fra le parti in virtù del consenso, non ha effetto invece riguardo ai terzi se non dal momento in cui è resa pubblica mediante la trascrizione (art. 1448, 1942 Cod. civ.). Per conseguenza il venditore che nei rapporti diretti col compratore ha cessato di essere proprietario dal momento in cui è intervenuto l'accordo sulla cosa e sul prezzo, continua ad essere considerato come proprietario, nei rapporti coi terzi, finchè la vendita non è trascritta ; perciò le ipoteche da lui consentite non possono considerarsi come inesistenti, se la trascrizione non è per anche avvenuta; la loro efficacia di fronte all'acquirente si determina dal momento della iscrizione ; se questa ha luogo prima che la vendita sia trascritta, sono efficaci, e l'acquirente non ha che un'azione personale di risarcimento di danni verso il venditore, che ha disposto di cosa non più sua; se ha luogo invece dopo la trascrizione della vendita, non produce effetto alcuno, e al creditore che l'ha iscritta non compete altro diritto che quello di domandare una garanzia diversa, o il pagamento del suo credito, con azione puramente personale.

---

(1) Il Codice civile francese non ha, come è ben noto, una disposizione corrispondente al capoverso del nostro art. 933; di qui grandi incertezze nella giurisprudenza e nella dottrina francese, come può vedersi, a proposito della presente questione, in Pont, *op. cit.*, XI, 631.

È poi del tutto indifferente che colui che iscrisse l' ipoteca ignorasse, o conoscesse l'alienazione in precedenza consentita dal costituente; la legge ha riguardo in questa materia unicamente alla conoscenza legale, che deriva dai pubblici registri; della conoscenza effettiva dell'atto di alienazione non sarebbe ammessa la prova, e d'altronde questa conoscenza, anco provata, non potrebbe produrre alcun utile effetto, se non in ragione delle obbligazioni che possono derivare dal fatto illecito, a forma degli art. 1151 e seg. Cod. civ. (1).

Di ciò sarà da noi diffusamente trattato a suo luogo; in questa sede bastava il semplice cenno che abbiamo dovuto farne per intendere rettamente il principio che per costituire validamente una ipoteca è richiesta nel costituente la proprietà dell'immobile ipotecato.

200. Anche coloro che hanno sull'immobile un diritto sospeso da una condizione, o risolvibile in casi determinati, o dipendente da titolo annullabile, possono ipotecarlo: ma la ipoteca è soggetta

---

(1) Venezia, 2 marzo 1888, *Temi ven.*, 1888, 195: « L'istituto della trascrizione ha per iscopo di rendere pubblici gli atti e le sentenze indicati nell'articolo 1932 Cod. civ., e ciò per portarli a cognizione dei terzi, onde non sia sorpresa la loro buona fede. A tal fine l'art. 1942 statuisce che gli atti non trascritti non hanno effetto riguardo ai terzi. Chiaro apparisce da ciò che la interpretazione data al detto art. 1942, secondo la quale esso contemplerebbe solo gli atti anteriori alla vendita, non già quelli stipulati posteriormente, come si verifica nella specie, manca di giuridico fondamento. È anche respinta dal significato letterale del testo, che non ammette distinzione, checchè se ne dica in contrario. Ora, se prima che sia trascritto, l'atto è come non esistente di fronte al terzo, questi può devenire validamente a qualsiasi stipulazione coll'alienante. Nè, devenendovi, essendo a conoscenza della vendita anteriormente fatta dal suo contraente, commette frode, mentre approfitta di una disposizione di legge che lo favorisce, ed all'ombra della disposizione stessa trae partito dalla incuria altrui all'adempimento di una formalità. L' art. 1942, come non fa distinzione di atti riguardo al loro tempo, del pari non fa distinzione fra terzi di buona e di mala fede ».

alle medesime eventualità (art. 1976 Cod. civ.). Se il diritto del costituente sull'immobile è sospeso, rimane sospesa anche l'ipoteca; se quello è risolvibile, è risolvibile questa; è soggetta a cadere nel nulla, se il titolo è annullabile.

Se niuno può trasmettere maggiori diritti sopra una cosa di quelli che a lui competono (1), può d'altro canto trasmettere tutti quelli che gli competono, quantunque imperfetti (2); ciò non contradice al principio che per ipotecare validamente un immobile bisogna averne la proprietà; è anzi una logica esplicazione di questo principio, perchè anche la proprietà sospesa, risolubile od annullabile, non cessa per questo di essere proprietà, e non è per conseguenza impedito di costituire delle ipoteche subordinate alla eventualità stessa che tiene sospeso o rende risolvibile od annullabile il diritto del costituente (3).

---

(1) L. 54, D. *De reg. jur.* (L, 17): « *Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet* ».

(2) Anco il diritto romano ammetteva la stessa soluzione. Se la proprietà della cosa data in pegno era revocabile, il pegno si estingueva con la estinzione del diritto, semprechè questa operasse retroattivamente, come nel caso della L. 3, D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solo* (XX, 6) : « *Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem condicionem invenisset, fueritque tradita, et forte emptor, antequam melior condicio efferretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libro 5 Digestorum, ait finiri pignus, si melior condicio fuit allata* »; se poi la estinzione del diritto non era destinata ad avere effetto retroattivo, il diritto di pegno non poteva risentirne pregiudizio: seguita infatti Ulpiano nella citata legge: « *Quamquam, ubi sic res distracta est, nisi emptori displicuisset, pignus finiri non potest* ». Il primo caso si verificava nella compera con aggiunta della *lex commissoria* o dell' *addictio in diem* (L. 4, § 3 D. *De in diem addictione* (XVII, 2), L. 31, D. *De pignor. et hyp.* (XX, 1); il secondo nel caso surriferito del *pactum displicentiae*. Cons. su ciò Glück, *Pandette*, § 1077, 1105.

(3) Il Pont (*op. cit.*, XI, 636), ricorda opportunamente a questo proposito lo insegnamento delle leggi romane: « *Id apud se quis habere videtur, de quo habet actionem*; *habetur enim quod peti potest* »: L. 143, D. *De verbor. signif.*

Esaminiamo i diversi casi. Chi ha sull' immobile un diritto sottoposto a condizione sospensiva, può costituire una ipoteca dipendente dallo stesso avvenimento futuro ed incerto, stante la retroattività con cui la condizione sospensiva agisce verificandosi (articolo 1170 Cod. civ.); se la condizione si verifica, la ipoteca ha effetto fino dal giorno in cui fu costituita ed iscritta: se poi non si verifica, ed è ormai certo che non possa verificarsi, la ipoteca si considera come mai esistita e deve senz'altro essere cancellata (art. 2029 n. 6 Cod. civ.). Del pari chi ha sull' immobile un diritto sottoposto a condizione risolutiva, può ipotecarlo subordinatamente alla stessa condizione; verificandosi la condizione, la ipoteca si estingue, non verificandosi, ed essendo ormai certo che non può verificarsi, la ipoteca spiega tutta intera la sua efficacia come se fosse stata fino dal principio costituita senza condizioni. Finalmente chi ha sull'immobile un diritto annullabile, può ipotecarlo; ma annullato il diritto, è per necessaria conseguenza annullata la ipoteca, a meno che la legge non dichiari espressamente che lo annullamento non è operativo di effetto di fronte ai terzi, come più oltre sarà dimostrato.

201. Le applicazioni dei suesposti principii sono svariatissime; ricorre anzi generalmente la doppia applicazione dei medesimi, perchè il diritto di proprietà, che è sospeso per una persona, è necessariamente risolubile per un'altra.

Di ciò si ha un esempio nella vendita con patto di riscatto; il diritto del venditore è sospeso, perchè dipende dall' esercizio dell' azione in tempo utile; in pari tempo è risolubile il diritto del compratore, perchè destinato a venir meno, e a convertirsi in un diritto al prezzo, ove l' azione venga tempestivamente esercitata. Che ambedue i contraenti possano, finchè il riscatto può operarsi, ipotecare l' immobile alienato con questa speciale modalità, lo dicono concordemente quasi tutti gli scrittori e deriva direttamente

---

(L. 16); « *Verbum illud pertinere latissime patet . . . . pertinere etiam ea dicimus, quae in nulla eorum causa sint, sed esse possint* »: L. 181, D. *h. t.*

dalla disposizione che stiamo esaminando (1). Se il riscatto avviene perdono ogni efficacia le ipoteche costituite dal compratore (2); se non avviene, restano senza effetto le ipoteche costituite dal venditore.

L'esercizio dell'azione ipotecaria durante il termine non potrebbe aver luogo che contro il compratore che si trova in possesso dell'immobile, tenendosi conto, all'effetto di determinare il giusto prezzo di vendita, della eventualità del riscatto. Contro il venditore l'azione ipotecaria non potrebbe esercitarsi, perchè il diritto di riscattare l'immobile, per quanto dichiarato immobiliare per il suo oggetto, non ne è suscettivo; ma il creditore dopo avere assicurato con la ipoteca il suo diritto di prelazione sul prezzo dell'immobile, potrebbe farlo rientrare nel patrimonio del debitore con l'azione surrogatoria (art. 1234 Cod. civ.).

Si scorge da ciò che la contemporanea ipotecabilità del fondo venduto con patto di riscatto non è una mostruosa singolarità, come disse una Corte francese (3), ma una logica conseguenza del

(1) PONT, *op. cit.*, XI, 639; LAURENT, *op. cit.*, XXX, 477; TARRIBLE, *Rep.* v. *Hypothèque*, sect. II, § 3, art. 3, n. 5; PERSIL, sur l'art. 2118, n. 11; BATTUR, *Priv. et Hyp.*, II, 234; VALETTE, *op. cit.*, p. 202, 203; DURANTON, *op. cit.*, XIX, 278; TROPLONG, *op. cit.*, II, 469; DUVERGIER, *Vente*, 29; TAULIER, *op. cit.*, VII, p. 256; MARTOU, *op. cit.*, III, 964; LAROMBIÈRE, *Obligations*, sur l'art. 1181, n. 8; DEMOLOMBE, *op. cit.*, XXV, 416; ZACHARIAE, *op. cit.*, § 266, nota 6. — GRENIER, *op. cit.*, I, 153 ed AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 266 testo e nota 14 sono di contrario avviso. Segnono, in Italia, la *communis opinio*: MELUCCI, *op. cit.*, lez. X, n. 3; MIRABELLI, *Ipoteche*, p. 54; PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 158; POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 214. Il CHIESI (*Nuovi studi*, 86) aveva insegnato il contrario.

(2) Senza che abbia luogo surrogazione sul prezzo del riscatto, perchè manca una disposizione che autorizzi ad applicare la massima *praetium succedit in locum rei*, come avviene nei casi degli art. 1567, 1951 Cod. civ.

(3) La Corte d'appello di Angers nelle sue osservazioni sulla riforma ipotecaria in Francia (1841). La giurisprudenza di quella nazione propendeva, fino ad un certo tempo, per adottare la soluzione preferita dal GRENIER, come può vedersi in PONT e in AUBRY et RAU, *loc. cit.*

principio che chi ha sull'immobile un diritto sospeso o risolvibile può assoggettare l'immobile stesso ad una ipoteca subordinata alla medesima eventualità. I due diritti convergenti sullo stesso immobile, quello del compratore e quello del venditore, hanno ciascuno un proprio contenuto, hanno ambedue un valore pecuniario che può essere dato in garanzia ai creditori respettivi; il compratore ha diritto al fondo, o alla restituzione del prezzo con gli accessori a forma dell'art. 1528 Cod. civ.; il venditore, esercitando il riscatto, ha diritto alla sua volta al fondo, ossia alla differenza fra il suo valore effettivo e l'ammontare delle restituzioni da lui dovute a forma del citato articolo.

202. Legato un fondo sotto condizione sospensiva, tanto lo erede quanto il legatario possono ipotecarlo; la ipoteca costituita dall'erede sarà efficace se la condizione non si verificherà, quella costituita dal legatario lo sarà invece nel caso opposto. *Dum conditio pendet*, l'azione ipotecaria non potrebbe però esercitarsi che contro lo erede, e dovrebbe tenersi conto della eventualità a cui è subordinata l'efficacia dell'ipoteca nel determinare il prezzo di aggiudicazione. L'esercizio dell'azione ipotecaria contro il legatario non sarebbe ammissibile, in questo periodo transitorio, perchè egli non è al possesso del fondo legato, ed ha una semplice speranza di esservi immesso, ove si verifichi la condizione alla quale fu dal testatore subordinata l'efficacia del legato.

È forse per questo che il Grenier ha, per il primo fra gli scrittori francesi, propugnato la opinione che nella ipotesi testè configurata la ipoteca possa essere validamente costituita dall'erede soltanto. Egli solo, dice questo scrittore, ha la proprietà, il legatario non l'ha ancora; l'avrà quando si verificherà la condizione; ma la ipoteca costituita in precedenza non potrà considerarsi come valida, e non sarà neppur suscettiva di conferma, appunto perchè consentita da chi non aveva la proprietà dell'immobile ipotecato. Il Pont ha largamente dimostrato la infondatezza di questo ragionamento. Il diritto dell'erede è risolubile, il diritto del legatario è

sospeso; l'avvenimento che fa acquistare definitivamente la proprietà all'uno, la fa perdere all'altro; siamo per ciò nei precisi termini contemplati dal legislatore, della ipoteca subordinata alla eventualità della quale dipende il diritto del costituente (art. 2125 Cod. fr., 1976 Cod. civ.).

Il legislatore toscano era entrato con la sua celebre legge ipotecaria su questa via, sopprimendo nell'art. 62, corrispondente all'art. 2125 Cod. franc., le parole: «*diritto sospeso da una condizione*» (1), le quali erano del pari state soppresse nel progetto Miglietti (art. 2012); ma il progetto Pisanelli ritornò alla dizione antica, che è stata poi conservata nel Codice civile.

203. Una importante applicazione dei principii contenuti nell'art. 1976 Cod. civ. quanto alla ipoteca concessa da coloro che hanno sull'immobile un diritto sospeso, o risolubile in casi determinati, si ha, per ciò che riguarda i rapporti giuridici nascenti dal contratto di enfiteusi nell'art. 1567 Cod. civ. Nel caso di devoluzione, dispone questo articolo, le ipoteche acquistate contro l'enfiteuta si risolvono sul prezzo dovuto pei miglioramenti; nel caso di affrancazione, le ipoteche acquistate contro il concedente si risolvono sul prezzo dovuto per l'affrancazione: nel primo caso è sospeso il diritto del concedente, risolubile il diritto dell'enfiteuta, nel secondo è sospeso invece il diritto dell'enfiteuta, risolubile il diritto del concedente; ma ambedue possono ipotecare lo stesso immobile pel diritto che loro spetta. Queste ipoteche, che hanno un contenuto proprio finchè dura il vincolo enfiteutico, potendosi esercitare l'azione ipotecaria separatamente, tanto per la escussione

---

(1) Art. LXII. « Le ipoteche imposte da colui che su i beni obbligati non ha che un dominio risolubile, o soggetto ad essere annullato, si risolvono e si annullano nel ritorno che per la risoluzione o l'annullazione fanno i beni al precedente proprietario ». Il regolamento pontificio (art. 110), il Codice albertino (art. 2186), il Codice parmense (art. 2179), il Codice estense (articolo 2179) e le leggi civili napoletane (art. 2011) disponevano come il Codice francese.

del diritto del concedente, quanto per quella del diritto dell'enfiteuta, non vengono meno neppure nel caso in cui, per devoluzione o per affrancazione, uno dei due diritti venga a risolversi. Alla risoluzione dei due diritti sopravvive, nel sistema del Codice civile, un diritto di credito, costituito dal prezzo dei miglioramenti in caso di devoluzione (art. 1566 Cod. civ.), dal prezzo di affrancazione nell'altro caso. Le ipoteche respettivamente concesse si risolvono su questo diritto di credito sopravvivente al diritto reale ormai estinto, e non perdono per conseguenza la utilità che presentavano pel creditore.

La legge non dichiara formalmente che ha luogo una surrogazione del prezzo alla cosa; ma la surrogazione avviene in modo necessario ed implicito, dal momento che le ipoteche si risolvono sul prezzo. Il concedente, in caso di devoluzione, non pagherà il prezzo dei miglioramenti se non con il consenso e l'intervento dei creditori iscritti sull'utile dominio, mentre alla sua volta l'enfiteuta non pagherà il prezzo di affrancazione senza il consenso e l'intervento dei creditori iscritti sul dominio diretto. Anzi noi riteniamo che chi è tenuto a pagare l'uno e l'altro prezzo, in caso di eccedenza dell'ammontare delle ipoteche iscritte, potrebbe procedere con le forme stabilite dalla legge per la liberazione degl'immobili, perchè tanto il concedente cui si devolve il fondo enfiteutico, quanto l'enfiteuta che l'affranca, sono da considerare rispetto al diritto che viene ad estinguersi come terzi possessori (1).

204. La disposizione in esame contempla altresì il caso d'ipoteche costituite da coloro che hanno sull'immobile un diritto dipendente da titolo annullabile, ed anco in questo la dichiarazione che tali ipoteche sono soggette alla medesima eventualità è una razionale applicazione del principio « *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* ».

---

(1) La giurisprudenza italiana presenta rari casi di applicazione dell'articolo 1976 Codice civile. Possono confrontarsi le decisioni seguenti: Catania, 17 agosto 1872, *Temi Zanclea*, III, 140; Napoli, 13 marzo 1872, *Legge*, XII, I, 393.

Chi compra l'immobile da un incapace senza che siano osservate le formalità di legge può assoggettarlo ad ipoteca; ma la ipoteca è annullabile, come lo è il titolo di acquisto di colui che l'ha costituita. Lo stesso sarebbe a dirsi del caso di chi acquista una ipoteca contro il donatario di un immobile, quando la donazione sia parzialmente o totalmente annullata in virtù dell'azione di riduzione spettante a colui che in virtù della donazione stessa è stato leso nella porzione legittima (1). Eguale soluzione è da ammettere ove il titolo d'acquisto del costituente sia annullato per difetto di un requisito essenziale alla sua validità, in genere come se fosse viziato di errore, di violenza o di dolo, o privo di causa, o fondato sopra una causa falsa od illecita, od esposto al rigore della legge per illiceità del suo oggetto.

Il principio è suscettivo di importanti applicazioni, specialmente nel caso di dichiarata inesistenza di un atto per simulazione assoluta. Avviene spesso che il proprietario di un immobile, per sottrarlo all'azione dei suoi creditori, simula un'alienazione. Se il finto acquirente costituisce delle ipoteche sopra l'immobile che ha formato oggetto apparente del suo acquisto, queste cadono nel nulla ove l'acquisto venga poi dichiarato inesistente per simulazione (2).

---

(1) L'art. 1095 Cod. civ. espressamente dispone che gli immobili da recuperarsi in conseguenza della riduzione, saranno liberi da ogni debito od ipoteca contratta dal donatario.

(2) La contraria soluzione è ammessa dalla legge nel caso in cui l'acquisto sia revocato come fatto in frode dei diritti dei creditori, perchè l'art. 1235 ultimo capov. Cod. civ. dispone che la revocazione dell'atto non produce effetto a danno dei terzi, non partecipi della frode, i quali hanno acquistato diritti sugli immobili anteriormente alla trascrizione della domanda di rivocazione. In caso di simulazione vale la regola di cui si è fin qui parlato, esposta dal legislatore nella prima parte dell'art. 1976 Cod. civ.; in caso di rivocazione vale invece la eccezione di cui è parola nella seconda parte dello stesso articolo, della quale ci occuperemo nel numero seguente. Non mancano decisioni che ri-

205. Alla regola enunciata nella prima parte dell' art. 1976 Codice civile è fatta eccezione nella seconda parte per i casi nei quali la legge espressamente dispone non essere la risoluzione e la rescissione operative a danno dei terzi. Sono quei casi nei quali il legislatore ha creduto conforme a giustizia di mantenere la efficacia delle ipoteche costituite dall'acquirente, o iscritte contro il medesimo in virtù di legge o di sentenza, nonostante l'annullamento o la risoluzione del titolo d'acquisto.

Nell' antico diritto le ipoteche costituite dall' acquirente restavano ferme, se l' annullamento o la risoluzione procedevano da causa imprevedibile e dipendente da fatti sopravvenuti; cadevano invece nel nulla se procedevano da causa antica e necessaria, che il creditore avrebbe facilmente potuto prevedere esaminando il titolo d'acquisto (1).

Ma per quanto la distinzione fosse profondamente razionale, i moderni legislatori hanno pensato che dava eccessivo adito all'arbitrio del giudice, e, pur seguendo lo stesso principio direttivo, hanno voluto che l' annullamento, la risoluzione e la rescissione di un atto, siano di regola operative di effetto in danno dei terzi, e che non lo siano nei soli casi nei quali la legge espressamente dichiara il contrario.

Così, per dare subito un esempio di evidenza intuitiva, nell'art. 1528 capov. Cod. civ. è disposto che il venditore, rientrando in possesso del fondo venduto con patto di riscatto, lo riprende esente da tutti i pesi e da tutte le ipoteche di cui il compratore lo avesse gravato, mentre al contrario nell' art. 1308 Cod. civ. è dichiarato espressamente che l' azione di rescissione per causa di lesione non produce effetto a danno dei terzi i quali hanno ac-

---

tengono il contrario quanto alla simulazione; ne parleremo di proposito più oltre al n. 205 in fine.

(1) Di ciò si ha un esempio, confrontando i diversi effetti dell' *addictio in diem* e del *pactum displicentiae* (V. sopra pag. 335, nota 2).

quistato diritti sugl' immobili anteriormente alla trascrizione della domanda di rescissione. Risoluta adunque una vendita in virtù del patto di riscatto, cadono le ipoteche concesse dal compratore; rescissa per causa di lesione, le stesse ipoteche restano ferme. Il terzo a cui favore le ipoteche erano state iscritte, non può, se si trova nel primo caso, muovere lamento, perchè ispezionando il titolo del suo debitore aveva modo di verificare che il di lui diritto di proprietà era soggetto alla eventualità del riscatto; potrebbe muoverlo, e fondatissimo, nel secondo caso, se non fosse la provvida disposizione che tutela il suo diritto, perchè la ispezione del titolo non gli avrebbe dato occasione di conoscere il pericolo cui andava incontro contrattando con il compratore.

Così, in materia di donazione, il verificarsi della condizione risolutiva produce di regola un irreparabile pregiudizio ai terzi che hanno contrattato col donatario (art. 1079 Cod. civ.); ma i diritti dei terzi sono invece espressamente riservati se la risoluzione si verifica per causa di inadempimento dei pesi imposti al donatario (art. 1080 Cod. civ.). La rivocazione per causa d' ingratitudine o di sopravvenienza di figli non pregiudica i terzi che hanno acquistato diritti sugl' immobili anteriormente alla trascrizione della domanda (art. 1088 Cod. civ.); invece la riduzione per eccedenza della porzione di cui il donante poteva disporre, rende liberi gl' immobili donati da ogni ipoteca contratta dal donatario (art. 1095 Cod. civ.); la condizione risolutiva apposta ad un contratto di vendita ha generalmente l' effetto di nuocere ai terzi che hanno contrattato col compratore (art. 1976 Cod. civ.); ma se la condizione, espressa o tacita, si verifica per inadempimento degli obblighi del compratore, i diritti dei terzi sono dichiarati salvi per disposto di legge (art. 1511 Cod. civ.) (1).

---

(1) Vedansi ancora, quanto alla permuta l'art. 1553 Cod. civ.; quanto alla costituzione di rendita l'art. 1787 Cod. civ.

Il caso della rivocazione di un atto come fraudolento rientra nella eccezione, non nella regola. Dispone infatti l'art. 1235 capov. 2° Cod. civ.: « In ogni caso però la rivocazione dell'atto non produce effetto a danno dei terzi non partecipi della frode, i quali hanno acquistato diritti sugli immobili anteriormente alla trascrizione della domanda di rivocazione ». Abbiamo avvertito che il contrario accade se un atto è dichiarato inesistente per simulazione assoluta; in questo caso l'alienazione è una semplice parvenza e non può produrre effetto alcuno (*colorem habet*, *substantiam vero nullam*) nel caso della rivocazione si ha invece un atto che può dal giudice essere annullato, ma che, appunto per questo, produce il suo effetto finchè la pronunzia del magistrato non sia intervenuta. Siffatta pronunzia si fonda sopra un apprezzamento della condizione soggettiva dell' alienante (*consilium fraudis*); anzi nella alienazione a titolo oneroso si esige la prova che il terzo acquirente è partecipe della frode. Ammettere che in casi consimili i terzi che hanno contrattato in buona fede con l'acquirente, prima della trascrizione della domanda di rivocazione, dovessero risentire le dannose conseguenze della relativa pronunzia, equivarrebbe ad arrecare ingiustamente un fiero colpo alla stabilità che deve regnare nelle contrattazioni.

Un fiero colpo a siffatta stabilità può arrecarlo per vero anco il principio da noi proclamato in tema di simulazione, in virtù del quale, dichiarato simulato un atto di acquisto, le ipoteche costituite dal finto acquirente sono destinate a cadere nel nulla; ma ciò nonostante non esitiamo a mantenere siffatto principio, per la ragione che l'annullamento di un atto traslativo di proprietà come simulato rientra nella regola generale dell'art. 1976 Cod. civ. non già nella eccezione alla quale allude la parte finale dello stesso articolo; perchè le ipoteche rimangano salve, nonostante che il diritto del costituente sia stato annullato, occorre una disposizione espressa che nel caso manca; a tale mancanza non può supplirsi con ragionamenti fondati sul fallace criterio di analogia, o su consi-

derazioni di pratica opportunità. Sarà anche vero che chi contratta con un acquirente il cui titolo di acquisto è poi dichiarato inesistente per simulazione assoluta, non può, ispezionando il titolo di acquisto, desumerne la possibilità dell'annullamento; il pregiudizio che risente è perciò irreparabile e indipendente dal suo modo di agire; ma d'altra parte è da considerare che il legislatore non ha dato facoltà al magistrato di farsi giudice delle conseguenze dell'annullamento di un atto di acquisto rispetto al terzo che ha contrattato in buona fede con l'acquirente, ma si è riservato espressamente la facoltà di dichiarare in quali casi i diritti dei terzi rimangono pregiudicati, in quali altri sono salvi: còmpito del magistrato di fronte a siffatto sistema legislativo altro non può essere, che quello di determinare se il caso sottoposto al suo giudizio rientra fra gli uni o fra gli altri; e poichè la legge che dichiara salvi i diritti dei terzi nel caso di rivocazione (art. 1235 Cod. civ.) e negli altri superiormente ricordati, non contiene per quello della simulazione analogo riservo, non resta che applicare il principio generale dell' art. 1976 Cod. civ. in virtù del quale coloro che hanno sull'immobile un diritto dipendente da titolo annullabile non possono costituire che una ipoteca soggetta alla medesima eventualità.

La nullità derivante dalla simulazione di un atto è talmente sostanziale, che ad essa non possono sopravvivere ipoteche od altri diritti costituiti dal finto acquirente: siamo nel caso di nullità radicale, o, se così vuolsi, d'inesistenza; la disposizione nel caso invocabile è quella dell' art. 1119 Cod. civ. in virtù della quale l'atto giuridico senza causa « *non può avere alcun effetto* »; sarebbe attribuire all'atto simulato un effetto incompatibile con la sua inesistenza l'accordare efficacia giuridica alle ipoteche costituite dal finto acquirente; la protezione del diritto dei terzi, il principio della sicurezza dell' umane relazioni, hanno nelle legislazioni moderne una meritata preponderanza, ma non possono spingersi al punto di sostituire l'arbitrio del giudice alla volontà del legisla-

tore, nè possono intendersi nel senso di rendere produttiva di effetti giuridici una nuda parvenza (1).

206. In tutti i casi nei quali la legge dichiara che la risoluzione,

---

(1) Quello che nel testo abbiamo affermato, riguardo agli effetti della dichiarazione di simulazione di un atto di acquisto, è generalmente contradetto dalla giurisprudenza e dagli scrittori; si ritiene generalmente che la dichiarazione della simulazione intervenuta fra il prestanome o proprietario apparente, ed il proprietario vero o suoi aventi causa, non può avere effetto retroattivo a danno dei terzi di buona fede i quali abbiano acquistato e regolarmente conservato, mediante la trascrizione o l' iscrizione, diritti reali sui beni immobili posseduti da quel primo: Firenze, 15 novembre 1872, *Annali*, 1872, 539; Casale, 9 settembre 1873, *Giorn. del foro*, 1873, p. 65; Venezia, 10 dicembre 1878, *Foro it.*, Rep. 1878, voce *Frode e simulaz.*, n. 37; Cass. Napoli, 22 giugno 1878, *id.*, 1879, I, 590; Brescia, 1 marzo 1882, *id.*, Rep. 1882, detta voce, n. 61; Roma, 9 marzo 1882, *id.*, 52; Torino, 24 ottobre 1883, *id.*, Rep. 1883, detta voce, n. 44; Firenze, 28 maggio 1895, *Temi veneta*, 1895, 468. Si applica in sostanza alle ipoteche ed agli altri diritti costituiti dal proprietario apparente il principio stabilito per le ipoteche e per i diritti costituiti dallo erede apparente dall'art. 933 Cod. civ. senza avvertire che questa è una disposizione eccezionale, la quale per ciò non può estendersi oltre i casi in essa espressi; s' invoca ancora il disposto dell'art. 1319 Cod. civ. riguardante i limitati effetti delle controdichiarazioni per privata scrittura, senza avvertire che la dichiarazione di simulazione assoluta, facendo capo all' inesistenza dell' atto, non può lasciarne sussistere gli effetti.

La questione è stata di recente trattata nell' ottimo periodico la *Temi genovese* in una nota illustrativa dell' avv. VIANI riprodotta poi nel *Foro it.*, XXI, I, 517 a corredo di una sentenza della Corte d' appello di Genova del 20 marzo 1896. La questione risoluta con questa sentenza è però affatto diversa da quella accennata nel testo; la Corte decise che la devoluzione dei beni acquistati dalla moglie del fallito alla massa del fallimento in base alla presunzione stabilita nello art. 782 Cod. di comm. non pregiudica le ipoteche gravanti sui beni stessi, ed a ragione; fu ritenuto in punto di fatto che se la moglie aveva acquistato beni con i danari del marito, e nel di lui interesse, dovessero intendersi costituite nell' interesse del marito anche le ipoteche imposte sui beni stessi dall' apparente compratrice. La questione non è, come ben si scorge, questione di simulazione.

rescissione, o rivocazione di un atto non sono operative di effetto in pregiudizio dei terzi di buona fede, il razionale sistema adottato in proposito dal legislatore viene ad essere completato con la disposizione dell'art. 1933 n. 3 del Cod. civ., per la quale le relative domande devono essere rese pubbliche con la formalità della trascrizione; la trascrizione deve, per lo stesso articolo, essere annotata in margine della trascrizione dell'atto di alienazione, e dal momento in cui sono adempiute queste formalità non possono validamente costituirsi ipoteche, o acquistarsi diritti reali d'altra natura, in confronto di colui che, pur non cessando di essere proprietario, si trova esposto a veder rivocato, rescisso, o risoluto il suo titolo in virtù della domanda in corso (1).

Per conoscere se una ipoteca sia operativa di effetto o no, in tutti i suaccennati casi di eccezione, deve aversi riguardo al momento della trascrizione della domanda; le ipoteche iscritte prima di questo momento sono efficaci, mentre le ipoteche iscritte dopo non possono produrre effetto alcuno; quella conoscenza del vizio del titolo di proprietà di colui con il quale contrattano, che i creditori iscriventi non potevano desumere dall'esame del titolo, l'hanno acquistata per presunzione *juris et de jure* con l' adempimento della formalità prescritta dalla legge.

Le domande che devono essere trascritte sono quelle indicate negli art. 1080, 1088, 1235, 1308, 1511, 1553 e 1787 Cod. civ., che tutte contemplano casi nei quali la legge dichiara salvi i diritti dei terzi; le altre di cui sopra abbiamo discorso, non sono subordinate all' adempimento di tale formalità, la quale non presenterebbe alcuno effetto utile, dal momento che i diritti acquistati

---

(1) Sul vero significato della disposizione di legge in esame, nonchè sui sistemi alquanto diversi seguiti dalla legge belga 16 decembre 1851, e dalla legge francese 28 marzo 1855 sulla trascrizione, può utilmente consultarsi il pregevole trattato di LUZZATI, *Sulla trascrizione*, I, 385, e seg.

dai terzi, in confronto dell'acquirente, sono irreparabilmente pregiudicati dall'accoglienza delle domande stesse.

207. Il principio che per ipotecare validamente un immobile occorre averne la proprietà, non è di ostacolo a che il condomino possa ipotecare la sua quota indivisa; ma l'effetto dell'ipoteca si limita a quella porzione dell'immobile ipotecato che verrà a spettare al partecipante nella divisione (art. 679 Cod. civ.).

Questo principio, discordante dalle disposizioni del diritto romano (1), è stato proclamato dal legislatore nostro come necessaria conseguenza dell'altro più generale, sancito in materia di comunione ereditaria (art. 1034 Cod. civ.), ma esteso ad ogni specie

---

(1) Per diritto romano la circostanza che un proprietario poteva ipotecare soltanto la sua parte della cosa comune (L. un. Cod. *Si communis res pignori data sit*, VIII, 29), non rendeva divisibile il pegno. Se poi la cosa veniva divisa, il pegno non gravava soltanto sulla metà che veniva a spettare al condomino che l'aveva costituita, ma rimaneva invece su ciascuna delle due metà separate per metà del valore. Il giureconsulto GAJO formulò nettamente questo principio nella L. 7, § 4 D. *Quibus modis pignus vel hypoth. solvitur* (XX, 6): « *si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione facta cum socio, non utique eam partem creditori obligatam esse, quae ei obtingit, qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata* ». V. su ciò GLÜCK, *Pandette*, § 1076. Il CARABELLI (*op. cit.*, § XIII, n. 14 e seg.) dopo avere illustrato il § 829 del Cod. civ. gen. austriaco rimasto fedele ai principii del diritto romano, censura acutamente la contraria teoria proclamata dal codice francese negli art. 883, 1872 e 2205, corrispondenti agli art. 1034, 1736 e 2077 Cod. civ. ital. Il citato scrittore prende in modo speciale a confutare l'affermazione del TROPLONG: « *il n'est pas juste que l'héritage de tous soit saisi pour la dette d'un seul* ». Col dichiarare, dice questo scrittore, che ogni condomino è reputato solo proprietario della quota pervenutagli in divisione, e che non abbia giammai avuta la proprietà dei beni assegnati agli altri condividenti, il legislatore francese dimostra di non aver considerato la virtualità del dominio, il quale compete al condomino prima della divisione su tutte quante le cose comuni. Le dannose conseguenze del principio adottato dal legislatore francese riprodotto nel Codice civile, dimostrano come il CARABELLI si apponesse al vero nel censurarlo.

di comunione incidentale (art. 684 Cod. civ.), che la divisione non è traslativa di proprietà, ma semplicemente dichiarativa. Con esso si collega la disposizione dell'art. 2077 Cod. civ. per la quale « la subastazione non può esser fatta, per la parte indivisa di un immobile, ad istanza di chi non è creditore di tutti i comproprietari, prima della divisione ».

Le conseguenze di questo principio legislativo sono gravissime e tali da rendere in molti casi inefficace la ipoteca iscritta sopra una quota indivisa. Siffatta ipoteca non si può dire in ogni caso effettiva, essendo subordinata alla eventualità che nella divisione i beni ipotecati siano in tutto o in parte assegnati al costituente.

Un condomino può a suo talento rendere inefficace la ipoteca da lui concessa sopra alcuni dei beni comuni, facendosi assegnare nell' atto di divisione beni diversi da quelli ipotecati; e avendo concesso a diversi creditori diverse ipoteche, può rendere efficace la prelazione di uno di essi, quantunque posteriore di data, in pregiudizio degli altri, col farsi assegnare precisamente quei beni che sono stati ipotecati a favore del creditore che egli predilige. È vero che la legge ammette i creditori a fare opposizione alla divisione (art. 680, 987 Cod. civ.), dichiarando che la istanza per la divisione giudiziale si propone in contraddittorio dei creditori opponenti (art. 882 Cod. proc. civ.); ma non sempre la opposizione può servire allo scopo di far conservare al creditore la concessagli garanzia, sia perchè nella estrazione delle quote i beni ipotecati da un condomino, possono senza frode venire assegnati ad un altro (1), sia perchè diversi essendo i creditori di un condomino,

(1) Anco di recente fu dalla patria giurisprudenza deciso che la ipoteca concessa da un coerede sopra un immobile ancora indiviso perde efficacia se questo venga nella divisione assegnato ad altro coerede. Il coerede assegnatario dell'immobile ipotecato, ha diritto di domandare la cancellazione della ipoteca, sebbene non iscritta contro di lui; nei rapporti col creditore le spese occor-

aventi ipoteca sulla quota indivisa di beni diversi, non è possibile che tutti rimangano egualmente garantiti dopo la divisione (1).

Parrebbe a prima vista che a simili danni potesse ovviarsi con esigere dal condomino una ipoteca estesa a tutti quanti gli immobili compresi nella comunione; me se questo espediente, consigliato dalla più volgare prudenza, può in qualche caso servire a proteggere l'interesse del creditore, in altri non serve allo scopo.

Due eventualità possono verificarsi che rendono illusoria la estensione dell' ipoteca: può darsi in primo luogo che la comunione comprenda, oltre i beni immobili, danaro, crediti ed altri

---

renti per ottenere la cancellazione sono a suo carico, ma gli spetta l' azione di regresso contro il coerede che consentendo la ipoteca le rese necessarie. (Genova, 19 febbraio 1895, *Temi gen.*, 1895, 202). Del resto l'art. 680 Cod. civ. espressamente dispone che i creditori di un partecipante possono opporsi alla divisione a cui si proceda senza il loro intervento e possono intervenirvi a proprie spese; ma dispone ancora che *non possono impugnare una divisione consumata, eccettuato il caso di frode o di divisione eseguita non ostante una formale opposizione.*

(1) È anche da osservare che non sempre i creditori sono tempestivamente avvertiti della divisione, che può farsi anche verbalmente (art. 1314 Cod. civ.), e che non è soggetta alla formalità della trascrizione, perchè non è traslativa di proprietà (art. 1932 Cod. civ.). La giurisprudenza di fronte a siffatte disposizioni, estremamente pericolose pel credito, ha dovuto riconoscere che anco nella divisione posta in essere sia pure senza scrittura, la ipoteca consentita da un condomino si restringe ai beni a lui assegnati, restando liberati gli altri beni (Torino, 29 decembre 1882, *Giur. tor.*, XX, 276). In molti casi può accadere che la divisione sia fatta quando il creditore presenta la sua opposizione; se non vi è frode, il diritto del creditore è in questi casi irreparabilmente pregiudicato (Roma, 7 marzo 1893, *Temi rom.*, 1893, 1222). Sugl'inconvenienti dal sistema seguito nel Codice francese, e adottato nel nostro, può utilmente consultarsi PONT (*op. cit.*, XI, 640), il quale riferisce che all' epoca dei primi studii fatti in Francia sulla riforma ipotecaria (1841) la Corte d' appello di Rennes aveva proposto che con una espressa disposizione di legge venisse dichiarato che la iscrizione della ipoteca avesse valore di opposizione ad ogni divisione.

beni mobili; se al comunista che ha ipotecato la quota ideale a lui spettante su tutti gl' immobili comuni, ne viene assegnata una minima parte, formandosi la sua quota per la porzione maggiore di beni mobili, o se viene formata esclusivamente di questi, e i beni immobili sono assegnati per intiero agli altri partecipanti, l' interesse del creditore ipotecario è irreparabilmente danneggiato (1); può darsi in secondo luogo che al tempo della divisione, il condomino che ha dato ipoteca resulti debitore dell' altro, in special modo per la tenuta amministrazione e per maggiore percezione dei frutti della cosa comune; in tal caso la legge obbliga il condomino debitore a conferire nell' attivo divisibile le somme di cui è debitore (art. 991 Cod. civ.), ma soggiunge che se la collazione non ha luogo, i condomini ai quali è dovuta prelevano una porzione eguale sulla massa comune (art. 992 Cod. civ.); ciò espone il creditore, anche ipotecario, a spiacevoli sorprese; posto pure che si tratti di una eredità composta esclusivamente di beni immobili, che esso abbia preso ipoteca su tutti questi beni, che

(1) Tentò di ribellarsi a ciò che vi è purtroppo di esorbitante nel principio proclamato dal legislatore, la Corte d'appello di Catania con una sentenza del 27 giugno 1881, *Giurispr. it.*, XXXIII, I, II, 443; ma il Ricci in una nota critica ivi apposta, osservò che essendo la divisione semplicemente dichiarativa le ipoteche accordate da un partecipante si risolvono ove gli stabili ipotecati non siano compresi nella sua quota: « L'ipoteca che il compartecipante accorda al creditore sui beni della comunione è sempre subordinata alla condizione, che i beni colpiti tocchino in porzione a chi su di essi consenti l'iscrizione, altrimenti esso, non essendo stato mai proprietario di ciò che non gli è assegnato in porzione, non può mai avere consentito efficacemente sugli stessi beni un'iscrizione ipotecaria. Or, se al legittimario siasi assegnato danaro in luogo di stabili, come può ritenersi mai proprietario di questi? Ma a tal modo, si dirà, è dato di pregiudicare impunemente alle ragioni dei creditori. No, rispondiamo dappoichè la legge provvede al caso, concedendo ai creditori di opporsi alla divisione stragiudizialmente fatta, o di intervenire in quella che ha luogo in giudizio, e dando pure ad essi la facoltà d'impugnare la decisione seguita, ove si dimostri fatta in frode delle loro ragioni (art. 680 Cod. civ.).

al suo debitore ne spetti una quota rilevante, per esempio il terzo o la metà; può darsi, non ostante, che la ipoteca si renda illusoria per essere la quota del coerede debitore interamente assorbita dal prelevamento al quale gli altri hanno diritto (1).

208. Le regole superiormente esposte si dicono non applicabili al caso in cui si tratti di società vera e propria, non di comunione incidentale derivante da eredità o da qualsivoglia altra causa; e si argomenta ciò dall'art. 1724 Cod. civ. pel quale il socio che non è amministratore non può nè alienare nè obbligare le cose le quali dipendono dalla società (2). La cosa non è dubbiosa per quelle ipoteche le quali fossero destinate ad avere effetto mentre la società è in vita, imperocchè la proprietà dei beni sociali risiede nella società, e la ipoteca sopra i medesimi non può essere costituita se non da chi la rappresenta (art. 1724 Cod. civ.).

È però da osservare che il principio suesposto non può essere accettato in modo assoluto; hanno infatti efficacia, e ricadono sotto l'applicazione delle regole formulate nel numero precedente, quelle ipoteche le quali sono costituite da un socio sulla quota dei beni immobili sociali che verrà a spettargli dopo finita la società. In tal caso può infatti invocarsi l'art. 1736 Cod. civ. il quale dichiara applicabili alle divisioni fra i soci le regole concernenti la divisione della eredità.

È poi necessario distinguere secondo che per l'atto costitutivo della società gl'immobili conferiti siano divenuti beni comuni della società, o siano rimasti nella proprietà dei singoli (3), la qual cosa porta nella pratica una necessaria e notevole diversità di effetti.

209. È per ultima cosa da osservare che il principio in virtù del quale per ipotecare validamente un immobile occorre averne

---

(1) V. su ciò quanto fu più sopra accennato (n. 90, pag. 169 testo e nota 4) e le autorità ivi citate.

(2) PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 160; POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 218.

(3) CARABELLI, *op. cit.*, § XIII, n. 14.

la proprietà, non è di ostacolo a che una ipoteca valida sia concessa da chi ha sull' immobile un diritto di usufrutto; ma in tal caso non è lo stesso immobile, nella pienezza del suo valore, che è colpito dal vincolo ipotecario, bensì il diritto che sull'immobile ha il costituente, in quanto il diritto stesso è dalla legge dichiarato immobile per il suo oggetto (art. 415 Cod. civ.) e suscettivo d' ipoteca (art. 1767 Cod. civ.). Ma di ciò parleremo nel capitolo seguente, ove dovremo trattare espressamente della ipoteca considerata nel suo oggetto.

La ipoteca costituita sull'usufrutto presenta una importantissima applicazione della regola formulata dal legislatore nell' articolo 1976 Cod. civ. in virtù del quale chi ha sull' immobile un diritto risolvibile non può costituire che un' ipoteca soggetta alla medesima eventualità; infatti l' ipoteca costituita sull' usufrutto vien meno col cessare di questo diritto.

Ma questa importante applicazione della regola generale che sopra abbiamo illustrata, come l' altra non meno importante che si verifica in caso d' ipoteca costituita sui diritti derivanti dalla enfiteusi, di cui più sopra è stato fatto un fuggevole cenno (numero 203), troveranno nel capitolo seguente acconcia sede.

§ 2.

Capacità di alienare.

SOMMARIO

210. Seconda condizione per ipotecare un immobile è la capacità di alienarlo. Casi d'incapacità — 211. Eccezioni ammesse al Codice di commercio — 212. Ipoteca sui beni degl'incapaci. Forme abilitanti — 213. Nullità relativa derivante dalla loro inosservanza — 214. Conferma o ratifica. Sua efficacia retroattiva — 215. Incapacità del commerciante caduto in istato di fallimento — 216. Il debitore i cui beni sono colpiti dalla trascrizione del precetto immobiliare può ipotecare i beni stessi — 217. A più forte ragione possono essere iscritte dopo la trascrizione del precetto le ipoteche legali e giudiziali — 218. Eredità giacente o accettata con benefizio d'inventario—

219. Ipoteca consentita da un rappresentante. Rappresentanza legale e convenzionale — 220. Ratifica del rappresentato — 221. Ipoteca sopra beni donati o lasciati col divieto di ipotecarli. Sua validità.

210. Per ipotecare validamente un immobile occorre in secondo luogo avere capacità di alienarlo, perchè la ipoteca è dalla legge equiparata all' alienazione. L' art. 1974 Cod. civ. dispone infatti: « coloro soltanto che hanno la capacità di alienare un immobile possono sottoporlo ad ipoteca ». Non basta adunque la capacità generica di contrarre obbligazione; occorre la massima capacità giuridica patrimoniale, cioè la capacità di alienare i beni immobili; il minore emancipato, l' inabilitato possono obbligarsi entro i limiti della semplice amministrazione dei loro beni (art. 317, 339 Cod. civ.), ed entro questi limiti possono stipulare qualsiasi contratto, come locazioni di beni immobili non eccedenti il novennio (art. 1572 Cod. civ.), acquisto di sementi e di concimi, vendita di raccolte e simili; ma non possono ipotecare i loro beni immobili, perchè non hanno capacità di alienarli. La donna maritata ha quanto ai beni parafernali una capacità anco più estesa, perchè non solo può fare tutti gli atti non eccedenti la semplice amministrazione, ma può fare tutti gli atti non compresi nella tassativa enumerazione dell'art. 134 Cod. civ. Ciò non ostante non può ipotecare i suoi beni immobili, perchè siffatta facoltà è a lei espressamente negata dal citato articolo.

Ciò sta a dimostrare che il legislatore equipara l' ipoteca alla alienazione; invero l' ipoteca è alienazione in questo senso, che la sua costituzione attribuisce al creditore un diritto in forza del quale, non soltanto ha facoltà di far vendere l' immobile e di perseguitarlo presso qualunque possessore, ma bensì di ottenere pagamento sul prezzo del medesimo con preferenza sui creditori semplicemente chirografari, o posteriormente iscritti.

La questione se colui che come l' inabilitato, il minore emancipato, la donna maritata, può contrattare liberamente per ciò che concerne la semplice amministrazione dei proprii beni, abbia facoltà

d'ipotecare gli immobili di sua proprietà per garantire le obbligazioni assunte entro i limiti assegnati dalla legge alla sua capacità giuridica, è per ciò prima risoluta che posta.

Quanto alla donna maritata, la disposizione dell'art. 134 Cod. civ. la priva espressamente di tale facoltà; quanto ai minori emancipati e agli inabilitati la questione è risoluta dall'art. 1974 Cod. civ. Essi non possono alienare i loro beni immobili, non possono per conseguenza ipotecarli. Hanno dalla legge piena facoltà di contrarre obbligazioni concernenti la semplice amministrazione dei loro beni, ma non possono, per espresso disposto di legge, garantirne con ipoteca l'adempimento (1).

Non adempiendo queste persone le obbligazioni che hanno assunto nei limiti della semplice amministrazione dei loro beni, il creditore potrà ottenere contro le medesime una sentenza di condanna ed iscrivere, in virtù di questa, una ipoteca giudiziale; ma da ciò non può argomentarsi che abbiano facoltà di costituire una ipoteca convenzionale (2).

---

(1) Cons. su ciò PONT, *op. cit.*, XI, 613, che confuta la contraria opinione di DURANTON, *op. cit.*, XIX. 347, fondata sopra un manifesto equivoco fra capacità di obbligarsi in genere e capacità di alienare.

(2) Il PONT, *loc. cit.*, così in proposito si esprime: « Cette capacité d'aliéner ses immeubles, le mineur émancipé ne l'a pas; donc il n'a pas non plus la capacité à l'effet de les hypothèquer. Qu'importe maintenant que par l'effet de l'art. 2092 (art. 1948 Cod. civ.) une alienation eventuelle soit contenue en germe dans l'obligation prise par le mineur émancipé, dans les limites de son droit de administration? D'abord c'est la une menace qui, peut-être, ne se réalisera jamais, car rien n'assure que le mineur émancipé ne sera pas exact à remplir ses engagements; au contraire l'affectation hypothècaire agit immediatement par la brêche qu'elle fait au credit du débiteur. Et puis, autre chose est la sanction établie par la seule volonté de la loi en faveur de toute obligation dont elle réconnait la validité; autre chose serait la sûreté de l'hypothèque que le mineur émancipé donnerait seul et par son action directe et spontanée; il y a ici un acte de libre disposition, un consentement emanant de la seule volonté du débiteur; et ce débiteur ne peut donner ce consentement d'une manière valable qu'à la condition d'en être reconnu capable par la loi ».

211. Per eccezione il Codice di commercio ammette che il minore emancipato possa alienare i suoi beni immobili e per conseguenza ipotecarli (art. 11), quando è autorizzato ad esercitare il commercio dal genitore con atto ricevuto dal pretore, o dal consiglio di famiglia o di tutela con deliberazione omologata dal tribunale civile (art. 9 Cod. di comm.), purchè siano osservate le formalità prescritte dallo stesso articolo; lo stesso è a dirsi della donna maritata, che esercita il commercio col consenso espresso o tacito del marito (art. 13 Cod. di comm.); essa pure può per espresso disposto di legge alienare ed ipotecare i suoi beni immobili non costituiti in dote; mentre per i beni dotali l'alienazione e la ipoteca sono possibili soltanto nei casi e nelle forme determinate dal Codice civile (art. 14 Cod. di comm.).

Fedeli al sistema che ci siamo imposto di mantenerci strettamente nel campo del diritto civile, dobbiamo limitarci a ricordare queste eccezioni proprie del diritto commerciale, senza ulteriormente trattenerci intorno alle medesime.

212. Dal principio che coloro soltanto che hanno la capacità di alienare un immobile hanno facoltà d'ipotecarlo, non deriva però che i beni spettanti alle persone incapaci non possano essere in alcun caso assoggettati ad ipoteca per effetto di convenzione; anco queste persone possono trovarsi nel caso di ricorrere al credito e di garantire ipotecariamente le obbligazioni che per ragione di necessità o di utilità evidente sono a contrarre. Per questo l'articolo 1975 Cod. civ., completando il concetto dell'articolo precedente, così dispone: « I beni delle persone incapaci di alienare, e quelli degli assenti, non possono essere ipotecati fuorchè per le cause e nelle forme stabilite dalla legge ».

Nella categoria delle persone incapaci in grado diverso di alienare, rientrano:

a) I minori non emancipati, riguardo ai quali è da distinguere secondo che sono sottoposti alla patria potestà, o alla tutela; se sono sottoposti alla patria potestà, il genitore che la esercita

può alienare i beni del figlio, e per conseguenza ipotecarli; ma egli in ciò non è libero, mentre può farlo soltanto per cause di necessità o di utilità evidente, e mediante l'autorizzazione del tribunale civile (art. 224 Cod. civ.) (1); se sono sottoposti a tutela, la ipoteca è data dal tutore, il quale deve essere a ciò specialmente autorizzato con deliberazione del consiglio di famiglia art. 296 Cod. civ.), omologata dal tribunale (art. 301 Cod. civ.). In questo secondo caso non è detto che la ipoteca non possa essere concessa se non per cause di necessità o di utilità evidente; ma supplisce al silenzio della legge la manifesta intenzione che l'ha ispirata, ed il principio di protezione su cui si fondano tutte quante le disposizioni dettate dal legislatore in materia d'incapacità.

b) I maggiori di età interdetti per infermità di mente, i quali sono sottoposti ad una tutela identica a quella dei minori nelle regole che la governano (art. 329 Cod. civ.). Anco per assoggettare ad ipoteca i loro beni occorre che il vincolo sia consentito dal tutore, specialmente autorizzato con deliberazione del consiglio di famiglia omologata dal tribunale, secondo i citati art. 296, 301 Cod. civ.

c) I minori emancipati, i quali, posto che non esercitano il commercio, non possono consentire la ipoteca, che è atto eccedente la semplice amministrazione, senza il consenso del curatore e senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia omologata dal tribunale (art. 319 Cod. civ.). La sola differenza che intercede adunque fra il minore emancipato e quello che non lo è, consiste in ciò, che il minore emancipato consente da sè la ipoteca con il consenso del curatore, mentre pel minore non emancipato la consente il tutore; ma occorrono poi le stesse forme abilitanti della deliberazione del consiglio di famiglia e della omologazione.

---

(1) Alla patria potestà si equipara, pei figli naturali riconosciuti, la tutela legale di cui all'art. 184 Cod. civ.

d) I maggiori di età inabilitati per sentenza a cagione di prodigalità, o d'infermità di mente che non sia talmente grave da far luogo alla interdizione, ed il sordo-muto ed il cieco nato, che sono inabilitati di diritto, quando il tribunale non li abbia dichiarati abili a provvedere alle cose proprie, non possono ipotecare i loro beni senza l'assistenza di un curatore nominato dal consiglio di famiglia (art. 339, 340 Cod. civ.). Qui non si richiede altra forma abilitante; l'assistenza del curatore è sufficiente per la piena validità dell'atto.

e) La donna maritata, la quale non può, di regola, ipotecare i suoi beni immobili parafernali senza l'autorizzazione del marito, autorizzazione che può essere data genericamente, con atto pubblico, una volta per tutte (art. 134 Cod. civ.). Si eccettuano diversi casi, oltre quello, già ricordato, dell' esercizio della mercatura con espresso o tacito consenso del marito; l'autorizzazione del marito non è necessaria se il marito è minore, interdetto, assente o condannato a più di un anno di carcere durante l'espiazione della pena, e se la moglie è legalmente separata per colpa del marito (art. 135 Cod. civ.); all' autorizzazione del marito è sostituita quella del tribunale civile se il marito ricusi l'autorizzazione alla moglie, o se trattisi di atto nel quale siavi opposizione d'interesse, ovvero se la moglie sia legalmente separata per sua colpa, o per colpa sua e del marito, o per mutuo consenso (articolo 136 Cod. civ.).

f) Lo Stato, le provincie, i comuni e gli altri corpi morali riconosciuti legalmente, i quali sono considerati come persone e godono dei diritti civili secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico (art. 2 Cod. civ.), sono incapaci d' ipotecare i loro beni immobili suscettivi di questo vincolo (1), senza speciali

---

(1) I beni dello Stato non sono suscettivi d'ipoteca quando appartengono al demanio pubblico (art. 427 Cod. civ.) perchè questi beni sono dichiarati inalienabili (art. 430 Cod. civ.). Lo stesso è a dirsi dei beni d' uso pubblico delle provincie e dei comuni, in ragione della loro destinazione che li sottrae

forme abilitanti, determinate dalle diverse leggi che li riguardano (1).

Quanto ai beni degli assenti il Codice civile dispone nell'articolo 29 che i presunti eredi, immessi nel possesso temporaneo dei beni medesimi, non possano ipotecarli senza giudiziale autorizzazione. Pronunziata la immissione nel possesso definitivo, cessa ogni vigilanza di amministrazione e ogni dipendenza dall' autorità giudiziaria, e coloro che ottennero la immissione nel possesso temporaneo possono disporre liberamente dei beni dell'assente e per conseguenza ipotecarli (art. 37 Cod. civ.).

213. In tutti i casi nei quali per ipotecare un immobile è richiesta dalla legge una formalità abilitante, la inosservanza delle

---

al commercio (art. 432 Cod. civ.). Ma qui non si fa questione che di capacità soggettiva ad ipotecare e perciò d'ipoteca costituita sui beni patrimoniali di questi enti. Della non ipotecabilità dei beni del demanio pubblico dello Stato e dei beni d'uso pubblico dei comuni e delle provincie, sarà parlato a suo luogo, trattando della ipoteca considerata nel suo oggetto.

(1) Quanto ai beni patrimoniali dello Stato confr.: Legge sull'amministrazione e sulla contabilità generale dello Stato del 17 febbraio 1874 (testo unico autorizzato con legge 8 luglio 1883, n. 1455, serie 3ª, art. 13); quanto ai beni patrimoniali delle provincie e dei comuni: Legge comunale e provinciale 10 febbraio 1889, n. 5921, serie 3ª, art. 166, 223; quanto ai beni degl'istituti pubblici di beneficenza: Legge 17 luglio 1890, n. 6972, serie 3ª, art. 36; quanto ai beni degl'istituti ecclesiastici conservati, l'art. 434 Cod. civ. dispone che non si possono alienare e per conseguenza ipotecare, senza l'autorizzazione del governo. La Chiesa ha tenuto sempre fermissimo il principio della inalienabilità dei suoi beni: LL. 14 e 17 C. *De sacros. eccles. et de rebus et privilegiis earum* (I, 2); Decr. Gratian. *De reb. eccl. alien. vel non* (III, 13); *De pignoribus et aliis caution.* (III, 21). V. su ciò CANNADA-BARTOLI, *Lo Stato e la proprietà ecclesiastica*, 148 e seg. Quanto alle norme dell' autorizzazione governativa di cui all'art. 434 Cod. civ., v. Regio decreto 22 marzo 1866, n. 2832. L' art. 1 contempla particolarmente, fra gli altri atti da autorizzarsi, le costituzioni di ipoteca. — Le domande sono presentate agli economati generali del distretto dove ha sede il corpo morale: V. SAREDO, *Codice ecclesiastico* per le disposizioni speciali vigenti nelle varie provincie italiane.

relative disposizioni non dà luogo a nullità assoluta, ma soltanto a nullità relativa. In altri termini, la nullità della costituzione di ipoteca non può essere opposta da qualsiasi interessato, ma soltanto da coloro nel cui vantaggio è stabilita. Invero l'art. 1107 Cod. civ. dispone in termini generali che la persona capace di obbligarsi non può opporre l'incapacità del minore, dell' interdetto, dell'inabilitato, o della donna maritata con cui essa ha contrattato; ma questo stesso principio deve applicarsi, per manifeste ragioni di analogia, alla nullità delle ipoteche costituite dalle altre persone incapaci quando la incapacità è stabilita in loro vantaggio.

Per questo abbiamo parlato degl'interdetti per infermità di mente, non di coloro la cui interdizione trae origine, *ope legis*, dalla condanna penale; nel dichiarare la interdizione del condannato, il legislatore non muove da un concetto di protezione, ma da un concetto opposto, che lo determina ad aggiungere una pena accessoria a quella principale che ha prodotto la segregazione del condannato dal civile consorzio; la incapacità derivante da interdizione per causa di pena si può opporre da chiunque vi ha interesse (art. 1107 Cod. civ.); per conseguenza la nullità della ipoteca costituita da chi si trova in questa condizione giuridica, potrebbe essere opposta anche dai creditori posteriormente iscritti, dal compratore dei beni ipotecati e più generalmente da qualunque interessato.

Se la incapacità non è stabilita in vantaggio del costituente, ma di un terzo, è questo terzo che può opporre la nullità che ne deriva; ciò avverrebbe, a modo di esempio, in caso d'ipoteca costituita dal presunto erede, immesso nel possesso temporaneo dei beni di un assente senza giudiziale autorizzazione; la nullità derivante dal difetto di autorizzazione non è stabilita nel suo vantaggio, ma nel vantaggio del presunto assente e dei suoi veri eredi; questi soltanto potrebbero dedurla nei casi di restituzione previsti negli art. 33 e 34 Cod. civ.

214. Dal fatto che le ipoteche costituite dall' incapace senza

le forme abilitanti prescritte dalla legge sono infette soltanto di nullità relativa, deriva la conseguenza che le ipoteche stesse sono suscettive di essere confermate nei casi e con le forme di cui è parola nell'art. 1309 Cod. civ. (1). Su ciò non cade dubbio (2). Qualche dubbio può sorgere invece quanto alla efficacia retroattiva dell'atto di conferma, che nuoce ai creditori ipotecari iscritti nell'intervallo fra la iscrizione della ipoteca viziata per difetto di capacità del costituente, e l'atto che ha per effetto di sanare la nullità che da quel vizio sarebbe derivata (3); ma basta riflettere che la conferma è di sua natura retroattiva al giorno in cui l'atto confermato fu posto in essere, e che i creditori iscritti posteriormente non avrebbero potuto dedurre la nullità della ipoteca anteriore, neppure se l'atto di conferma non fosse intervenuto, perchè la nullità non è dalla legge comminata nel loro interesse, per convincersi che la conferma rende valida la ipoteca nullamente costituita fino dal momento della sua iscrizione.

Se per conseguenza il minore emancipato che ha consentito una ipoteca senza assistenza del curatore, divenuto maggiorenne, lungi dal dedurne la nullità, la confermasse con un atto contenente gli estremi voluti dall'art. 1309 Cod. civ., la ipoteca prenderebbe grado dal giorno della sua iscrizione, e i creditori iscritti

---

(1) Sempre che chi ha costituito la ipoteca conservi la proprietà dell'immobile ipotecato; se l'avesse perduta, non potrebbe confermare l'ipoteca in pregiudizio dell'acquirente, che come suo avente causa sarebbe subentrato nel diritto di eccepire la nullità.

(2) PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 162; POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 222.

(3) Molti scrittori francesi propendono per negare effetto retroattivo all'atto di conferma o ratifica: GRENIER, *op. cit.*, I, 42; BATTUR, *op. cit.*, I, 160; DE FREMINVILLE, *De la minorité*, II, 926; LAROMBIÈRE, *Obligat.*, art. 1338, n. 53; MARTOU, *op. cit.*, III, 979; ZACHARIAE, *op. cit.*, § 266 testo e nota 12, § 339 testo e nota 27. Ma l'opinione contraria propugnata, fra gli antichi, da TOULLIER, *Diritto civ.*, VII, 424; da MERLIN, *Quaest.* v. *Hypoth.*, § 4, n. 6 e da TROPLONG, *op. cit.*, I, 487; e, fra i moderni, da PONT, *op. cit.*, XI, 616 e da AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 266 testo e nota 31, è senza dubbio preferibile.

posteriormente non potrebbero impugnarne la efficacia. Essi sapevano, appunto perchè posteriori, che la ipoteca esisteva e che poteva essere confermata; consentendo, sia pur validamente, un'altra ipoteca a loro favore, il debitore non rinunciava alla facoltà di confermare l'ipoteca precedente (1).

215. Il commerciante fallito, privato dalla data della sentenza che dichiara il fallimento dell'amministrazione dei suoi beni, ed anche di quelli che gli pervengono durante lo stato di fallimento (articolo 699 Cod. di comm.), non può, finchè questo stato dura, consentire ipoteche di sorta sopra gli stessi beni; anzi, anco le ipoteche costituite prima della sentenza dichiarativa del fallimento, ma posteriormente alla data della cessazione dei pagamenti, si presumono fatte in frode dei creditori e devono, in difetto di prova contraria, essere annullate (art. 709 Cod. di comm.); se anzi fossero costituite nei dieci giorni che precedono la dichiarazione di fallimento, la presunzione di frode sarebbe assoluta e non ammetterebbe perciò la prova contraria (art. 709 capov. Cod. di comm.).

Nello stato di fallimento vi è più di una semplice incapacità; vi è divieto assoluto d'ipotecare, onde la situazione dei creditori non venga alterata in modo alcuno.

Per eccezione è ammesso che nel concordato vengano consentite ipoteche a garanzia degli interessati; in tal caso il tribunale nel pronunciare la omologazione deve fissare un breve termine per la loro iscrizione, e la omologazione non ha efficacia se non dal giorno in cui le ipoteche vengono iscritte (art. 838 Cod. di comm.). La legge non distingue. Per conseguenza deve intendersi che le ipoteche possano essere costituite tanto da un terzo, quanto dal fallito medesimo. Lo stato di fallimento non è a ciò di ostacolo,

---

(1) POCHINTESTA, *op.* e *loc. cit.* In senso contrario MELUCCI, *op. cit.*, lez. X, n. 10. Non varrebbe obbiettare che l'art. 1309 capov. 2° Cod. civ. dichiari *salvi i diritti dei terzi*». « *Cela*, osservano AUBRY e RAU, *doit s'entendre des droits tels que les tiers les avaient acquis* ». V. sulla questione quanto si dice più oltre al n. 220 a proposito della ratifica del mandante.

mentre il concordato tende a farlo cessare (art. 841 Cod. di comm.); se il concordato venisse poi risoluto, non cessano per tale risoluzione le ipoteche con esso costituite (art. 843 Cod. di comm.).

L'indole di puro diritto civile del nostro studio non ci consente di addentrarci nell'esame delle ricordate disposizioni proprie del diritto commerciale.

216. In una situazione simile a quella in cui si trova il fallito dalla data della dichiarazione di fallimento, è il debitore non commerciante i cui beni immobili sono stati colpiti dalla trascrizione del precetto eseguita a norma dell'art. 2085 Cod. civ. Questo articolo dispone che il debitore non può alienare i beni investiti con la trascrizione, e che ne rimane in possesso come sequestratario giudiziale, eccetto che sull'istanza di uno o più creditori il tribunale non reputi opportuno di nominare un altro sequestratario.

Si domanda se il divieto di alienare, contenuto in questo articolo, costituisca il debitore in uno stato di vera e propria incapacità, per modo che a lui possa applicarsi il principio dell'articolo 1974 Cod. civ., in virtù del quale coloro soltanto che hanno la capacità di alienare un immobile possono sottoporlo ad ipoteca, o se il suddetto divieto sia da considerarsi piuttosto come un provvedimento temporaneo, destinato soltanto ad impedire che il debitore, alienando i beni colpiti dalla trascrizione, renda più difficile e più lenta la procedura esecutiva ormai iniziata.

La questione è assai controversa nella giurisprudenza e nella dottrina (1). Dopo quello che da noi fu detto parlando della op-

---

(1) Propendono per la incapacità d'ipotecare, e per la conseguente nullità delle ipoteche consentite dal debitore dopo la trascrizione del precetto sui beni colpiti dalla medesima: DEMURTAS ZICHINA, *Della spropriazione contro il debitore*, I, § 103 e seg.; RICCI, *Diritto civile*, X, 189; CHIESI, *Sistema ipotecario*, 709; MANCINI-PISANELLI-SCIALOIA, *Commento al Codice di procedura civile sardo*, V, MCCCLXXXV; SALUCCI, nella *Giurispr. tor.*, 1882, 177; MATTIROLO, *Dir. giudiz.*, VI, 68; GABBA, *Foro it.*, XIV, I, 534. Sostengono invece la opinione

portunità di abolire la ipoteca giudiziale e di sostituirle un provvedimento giuridico che fissi in un dato momento, ed in modo irrevocabile, la situazione dei creditori (sopra n. 47 e seg.), reputiamo di dover accogliere senza esitazione alcuna la opinione recentemente

---

contraria: PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 141; POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 225; CUZZERI, *Commento al cod. di proc. civ.*, sull'art. 659; GARGIULO, *Commento*, II, p. 283; LUZZATI, *Trascrizione*, 367; MIRABELLI, *Delle ipoteche*, p. 57. Per ciò che attiene alla giurisprudenza, fra le decisioni che negano al debitore la facoltà di consentire ipoteche convenzionali sui beni colpiti dalla trascrizione del precetto, possono consultarsi: Torino, 23 luglio 1878, *Giur. tor.*, 1878, 354; Bologna, 2 settembre 1882, *Foro it.*, VII, I, 1009; Cass. Roma, 17 agosto 1883, *Giurispr. it.*, XXXV, L, 1, 554; Cass. Torino, 24 novembre 1884, *Giurispr. it.*, XXXVII, I, 1, 350; Torino, 27 gennaio 1888, *Giurispr. it.*, XL, II, 374; Palermo, 8 febbraio 1889, *Foro it.*, XIV, I, 534; Cass. Firenze, 21 giugno 1889, *Foro it.*, XIV, I, 957; Venezia, 18 dicembre 1890, *Foro it.*, XV, I, 338; Cass. Torino, 29 agosto 1889, *Giurispr. tor.*, 1889, 661; Torino, 7 aprile 1894, *Foro it.*, XIX, I, 1331. In senso contrario: Casale, 6 marzo 1869, *Annali di giurispr. it.*, IV, II, 374; Firenze, 17 maggio 1870, *Annali cit.*, IV, II, 261; Catanzaro, 3 aprile 1871, *Giurispr. it.*, XXIII, II, 241; Napoli, 13 dicembre 1872, *Gazz. procur.*, XIII, 11; Genova, 31 dicembre 1874, *Legge*, 1875, I, 336; Brescia, 9 luglio 1874, *Giurispr. tor.*, XI, 628; Cass. Napoli, 2 dicembre 1878, *Giornale delle leggi*, 1879-1880; Palermo, 9 settembre 1882, *Foro it.*, VIII, I, 47; Venezia, 10 marzo 1883, *Foro it.*, VIII, I, 369; Cass. Palermo, 30 dicembre 1891, *Foro it.*, XVII, I, 862. Può dirsi dunque che la giurisprudenza prevalente sia per la nullità della ipoteca consentita dal debitore dopo la trascrizione del precetto immobiliare. Fra le Corti regolatrici quelle di Palermo e di Napoli si sono pronunciate per la validità; quella di Torino, che aveva da prima emesso la stessa opinione (28 febbraio 1882, *Foro it.*, VII, I, 906), ha poi con due sentenze adottato la opinione contraria (24 novembre 1884, *Foro it.*, 1885, I, 152 e 29 agosto 1889 sopra citata). La Corte di Cassazione di Firenze è pure per la nullità. La Cassazione di Roma, che era anch'essa per la nullità, ha cambiata giurisprudenza con recente decisione del 14 febbraio 1895 (*Foro ital.*, XX, I, 478). La sentenza della Cass. di Napoli, 2 dicembre 1878 è citata da MIRABELLI, *Diritto dei terzi*, I, p. 34 con questa indicazione: *Giornale delle leggi*, 1879-1880; non ci è stato dato di rinvenirla; ma l'autorità del MIRABELLI, ci affida della sua esistenza.

propugnata dalla Corte di cassazione di Roma, la quale autorevolmente ritenne, che la trascrizione del precetto immobiliare non tolga al debitore la facoltà d'ipotecare i beni da subastarsi (1).

Invero l'ammettere il divieto d'ipotecare come implicitamente compreso in quello di alienare, equivarrebbe in sostanza ad ammettere che l'arduo problema dell'abolizione dell'ipoteca giudiziale fosse legislativamente risoluto, siccome è risoluto scientificamente; e che il legislatore, fissando irrevocabilmente dalla data della trascrizione del precetto la situazione dei creditori, abbia voluto impedire che uno di essi possa procurarsi coattivamente, ad ottenere dalla spontanea condiscendenza del debitore, un diritto di prelazione in pregiudizio degli altri.

Parlando della ipoteca giudiziale abbiamo accennato che la questione fu risoluta in questo senso nel Belgio con la legge del 15 agosto 1854 sulla esecuzione immobiliare; in questo senso la si vorrebbe risolvere in Francia secondo la opinione autorevolmente espressa in seno alla « *Commission extra-parlementaire du cadastre* »; sarebbe indubbiamente opportuno il farlo anco in Italia, e *de jure condendo* noi conveniamo pienamente della opportunità di un provvedimento legislativo indirizzato a questo scopo; ma non possiamo in modo alcuno ammettere che l'art. 2085 Cod. civ. sia stato formulato dal nostro legislatore con questo intendimento, e che possa attribuirglisi un così esorbitante effetto, quale sarebbe quello di privare il debitore della facoltà di ipotecare gl'immobili colpiti dalla trascrizione.

Non disconosciamo la grande affinità che esiste fra l'alienazione e la ipoteca, affinità espressa con la nota massima « *per hypothecam pervenitur ad alienationem* »; ma osserviamo che questa affinità non è poi così stretta come si vorrebbe, dal momento che quando il legislatore ha voluto vietare o permettere tanto l'alienazione quanto l'ipoteca, ha espressamente parlato dell'una cosa

(1) Nella sentenza 14 febbraio 1895 citata alla nota precedente.

e dell'altra, come negli art. 39, 134, 224, 296, 301, 339, 679, 1404, 1405 Cod. civ. L'avere nell'art. 2085 Cod. civ. vietato espressamente l'alienazione, non l'ipoteca, è già un potente argomento in favore della nostra tesi.

Altra cosa è la incapacità di alienare in genere, stabilita dalla legge per proteggere certe categorie di persone che non possono essere pienamente libere nell'esercizio dei loro diritti, altra, e ben diversa, il divieto di alienare sancito per motivi specialissimi nel citato art. 2085. Il divieto d'ipotecare si argomenta a torto dall'art. 1974 Cod. civ. che si riferisce agl'incapaci di alienare, fra i quali non rientra il debitore i cui beni sono colpiti dalla trascrizione del precetto immobiliare; il debitore non è incapace di alienare; è soltanto nella giuridica impossibilità di alienare i beni colpiti dalla trascrizione, per ragioni di pratica opportunità esposte nella relazione del guardasigilli Pisanelli sul libro III del Codice civile (1). Si volle che il debitore non potesse ritardare o compli-

(1) Il precetto di pagare che deve precedere ogni domanda di espropriazione di beni immobili dovrà essere trascritto. Sebbene il precetto non sia un titolo traslativo di dominio o di altro diritto reale, esso è però il primo atto esecutivo col quale si attua e si concreta il diritto del creditore di far vendere i beni del suo debitore. Dopo tale atto non deve più essere lecito al debitore di alienare i beni medesimi, altrimenti gli si darebbe il mezzo di ritardare il corso della procedura d' esecuzione, sottraendone i beni, o complicandola con nuovi atti in rapporto ai terzi possessori, ed aumentando le spese richieste per proseguirla ». La Cass. di Roma nella ricordata decisione così ebbe ad esprimersi a questo proposito, disapplicando l' art. 1974 Cod. civ.: « Se non è permesso presumere una improprietà di linguaggio nel legislatore, non si potrà negare che quando lo stesso nell' art. 1974 ha usato la parola *capacità*, ed ha detto che solo coloro che hanno la capacità di alienare un immobile possono ipotecarlo, ha inteso indubbiamente parlare di quella capacità soggettiva della persona, della quale si discorre nell' art. 1106 Cod. civ., che è propria dei minori, interdetti, inabilitati, e donne maritate, e che costituisce una incapacità relativa sancita a favore dell'incapace. Che invece il divieto di alienare, di cui all'art. 2085 di detto codice, non limita la capacità soggettiva del debitore, ma solo la oggettiva. In altri termini, egli, pur essendo capace,

care il corso della procedura esecutiva ormai iniziata; e poichè l'alienazione avrebbe raggiunto questo effetto, rendendo necessario l'estendere l'azione esecutiva al terzo possessore, si proibì appunto l'alienazione; non si proibì egualmente la ipoteca, perchè la sua costituzione e la sua iscrizione non erano atte a ritardare o complicare il normale svolgimento della procedura.

Si tratta di una disposizione di legge che restringe il libero esercizio dei diritti, la quale per ciò non può estendersi oltre il caso in essa espresso; la disposizione dice che il debitore non ha facoltà di alienare; che egli abbia facoltà d'ipotecare, ne discende come logica e necessaria conseguenza.

Le considerazioni desunte dal danno che per effetto dell'ipoteca consentita dopo la trascrizione del precetto risentono i creditori chirografari, sono a parer nostro prive d'importanza (1), perchè il legislatore non ha inteso, con la controversa disposizione, di fissare irrevocabilmente la loro sorte e di evitar loro questo danno; essi hanno il rimedio dell'azione revocatoria, quando l'atto costitutivo della ipoteca sia fraudolento; hanno l'azione di simulazione, quando la confessione del debito garantito con ipoteca sia una nuda parvenza, ordita in loro pregiudizio; altri rimedi, altre azioni, la legge non concede.

Che questa sia, d'altro lato, la vera interpretazione da darsi all' art. 2085 in relazione all' art. 1974 Cod. civ. si manifesta in modo evidente quando si consideri che nei progetti Cassinis e Miglietti era esplicitamente detto che il debitore non potesse alienare nè *« assoggettare ad ipoteca »* i beni indicati nel precetto dopo la sua trascrizione; e che il Pisanelli, modificando sostanzialmente il progetto Cassinis, vietò l'alienazione ma tacque della ipoteca; l'art. 2085 mantenne inalterata questa sostanziale modificazione;

---

non ha la facoltà di alienare l'immobile pegnorato, per non far complicare con nuovi atti il giudizio di espropriazione ».

(1) Tali considerazioni sono largamente svolte da GABBA nella nota citata, *Foro, it.*, XIV, I, 537.

conseguentemente le massime « *inclusio unius exclusio alterius* », « *qui dicit de uno de altero negat* », assumono per la risoluzione della controversia una importanza che a noi par decisiva (1).

217. Risoluta nel senso affermativo la questione se sui beni colpiti dalla trascrizione del precetto possa essere costituita una ipoteca convenzionale, l'altra questione affine, consistente nel determinare se sugli stessi beni possa essere iscritta una ipoteca legale o giudiziale, questione che ci riservammo di esaminare in questa sede (sopra n. 186), non presenta difficoltà.

Anche coloro che negano la validità della ipoteca convenzionale sono generalmente propensi ad ammettere che la validità delle ipoteche legali e giudiziali non possa essere seriamente contrastata.

Di recente però la Corte d'appello di Torino ha tentato di far prevalere la massima che niuna ipoteca, neppure legale o giudiziale, possa essere validamente iscritta dopo la trascrizione del precetto sui beni colpiti dal medesimo (2); ma basta esaminare

---

(1) Un altro argomento di qualche entità adduce il MIRABELLI (*op. cit.*, p. 59) osservando che con ammetterne la opinione contraria si verrebbe a questo, che la trascrizione di un precetto anche per tenue somma potrebbe impedire la costituzione di un'ipoteca la quale senza recar danno ai creditori, anzi offrendo il modo di pagarli, salverebbe il debitore da certa rovina. Che la intenzione del legislatore nel dettare l'art. 2085 Cod. civ. sia stata realmente quella di impedire complicanze e ritardi nella procedura esecutiva, si argomenta da ciò, che mentre il Codice albertino all'art. 2344 proibiva, con frase ampia e generica di *disporre* dei beni colpiti dall'azione esecutiva, e questa proibizione era stata tradotta nei progetti Miglietti e Cassinis nel divieto espresso d'ipotecare che fu poi eliminato nel progetto Pisanelli, il codice civile vigente limita il divieto all'alienazione vera e propria. Fu pertanto preferito il sistema francese che non vieta l'ipoteca (DALLOZ, *Rep.* v. *Vente publique d'immeubles*, 665; CARRÉ, *Quest.*, 2321) al sistema della legge belgica che la proibisce, facendo della proibizione un surrogato dell'ipoteca giudiziale (LAURENT, *op. cit.*, XXX, 197).

(2) Sentenza del 7 aprile 1894, *Foro it.*, XIX, I, 1334.

i motivi di questo giudicato per convincersi che in esso si attribuisce all'art. 2085 Cod. civ., in relazione agli art. 1949, 2092 dello stesso Codice, uno scopo che è ben lontano dalla mente del legislatore, lo scopo cioè di fissare irrevocabilmente la situazione dei creditori vietando nei rapporti dei medesimi, la sopravvenienza di nuove cause di prelazione.

Quanto alle ipoteche legali la sentenza torinese non si arresta alla considerazione che esse hanno titolo nella stessa legge, perchè « in tanto possono sorgere, in quanto si dia vita a quel fatto che dell'ipoteca legale sarebbe generativo; quindi se cotale avvenimento non succede prima della trascrizione del precetto, in epoca, cioè, nella quale la proprietà del fondo, poscia precettato, risiede tuttora nel debitore, non solo di fatto, bensì di pieno diritto, indarno si potrebbe ritener valida e così produttiva di effetto avverso agli altri creditori, la costituzione e la conseguente iscrizione delle ipoteche suddette ». La Corte ritiene in sostanza che per effetto della trascrizione del precetto il debitore perda la proprietà, e che egli si trovi nella precisa condizione giuridica del sequestratario giudiziale ordinario, di cui parla l'articolo 1876 Cod. civ. Ma questo è un evidente errore, perchè il debitore patisce per effetto della trascrizione del precetto una sensibile limitazione nell' esercizio del suo diritto di proprietà, ma non lo perde, anzi lo conserva, fino al momento in cui, per effetto della vendita al pubblico incanto, i beni subastati divengono proprietà dell'aggiudicatario.

Non meno insussistenti sono gli argomenti che dalla Corte si adducono per negare la validità dell'ipoteca giudiziale iscritta dopo la trascrizione del precetto; oltre quello assolutamente erroneo che il debitore perde la proprietà dei beni colpiti dalla trascrizione (1),

(1) « Quindi è chiaro, dice la Corte, che quando la sentenza di condanna del debitore sia stata proferita dopo la trascrizione del precetto, in tempo cioè nel quale per il disposto del più volte citato art. 2085 il debitore stesso non ha più la disponibilità libera del fondo dal precetto trascritto colpito, *che non*

la Corte invoca l'art. 1971 Cod. civ. e l'art. 710 Cod. di comm., quasi che il proprietario di beni colpiti dalla trascrizione di un precetto mobiliare si trovasse nella condizione giuridica di un fallito, o di un erede rispetto ai beni di un'eredità accettata con beneficio d'inventario.

Noi ci limitiamo a dire che argomenti siffatti sono da qualificare come aberrazioni!

Vi è nel Codice di procedura civile una disposizione, quella dell'art. 668, che non lascia adito a dubbi; il legislatore regolando in questo articolo la notificazione, pubblicazione e affissione del bando per la vendita coatta, dispone che il bando è « *notificato ai creditori iscritti, al domicilio da essi eletto nelle iscrizioni prese sino a tutto il giorno in cui fu annotata in margine della trascrizione del precetto la sentenza che autorizza la vendita* ». Non abbiamo citato questo articolo nel numero precedente, ove si parlava delle ipoteche convenzionali, perchè si potrebbe rispondere che le iscrizioni prese dopo la trascrizione del precetto, e prima dell'annotazione della sentenza di ordine di vendita, possono appunto essere le ipoteche legali e giudiziali; ma adesso non possiamo fare a meno di citarlo. Se infatti non si riferisse neppure a queste, a quali iscrizioni avrebbe inteso di riferirsi il legislatore?

Può obiettarsi che la legge parla d'iscrizioni prese prima dell'annotazione della sentenza d'ordine di vendita, volendo alludere alle ipoteche consentite dal debitore prima della trascrizione, le quali possono iscriversi dopo l'adempimento di questa formalità purchè la sentenza d'ordine di vendita non sia peranche annotata; alle ipoteche prodotte da sentenze di condanna proferite quando la

---

ne ha più la proprietà per difetto in lui dell'estremo indispensabile per l'affermazione in diritto della proprietà stessa (cit. art. 436), inefficacemente si verrebbe producendo, creando, costituendo, un vincolo ipotecario a detrimento della tutela dei creditori, la cui condizione non può essere regolata, dopo la trascrizione del precetto, che da ipoteche costituite prima di essa . . . . ». Argomenti simili non hanno bisogno di confutazione.

trascrizione del precetto non è ancora eseguita, le quali pure potrebbero essere validamente iscritte nell' intervallo fra la trascrizione e l' annotazione; alle ipoteche legali originate egualmente da un avvenimento anteriore alla trascrizione (1). Ma l'obietto non ha valore. Le ipoteche si iscrivono, generalmente, appena si verifica il fatto giuridico dal quale prendono vita; parlando d'iscrizioni prese prima dell'annotazione, e per conseguenza dopo la trascrizione, il legislatore ha considerato il caso ordinario, in cui la ipoteca s'iscrive appena è consentita dal debitore, o è proferita la sentenza che la produce, o si è verificato l' avvenimento che dà per legge diritto alla iscrizione; non il caso straordinario, ed assolutamente eccezionale, che fra i due momenti giuridici, che sono la nascita del diritto e la sua manifestazione esterna, interceda uno spazio di tempo.

L'art. 2085 Cod. civ. va dunque posto in relazione, non già con gli art. 1949, 2092 dello stesso Codice, con i quali non ha alcun rapporto, ma bensì con l'art. 668 Cod. proc. civ. che serve a completare il sistema adottato dal legislatore in fatto di esecuzione forzata immobiliare.

Il momento giuridico in cui la situazione dei creditori è irrevocabilmente fissata, il momento dal quale nuove ipoteche non possono validamente essere iscritte, non è quello della trascrizione del precetto, ma bensì quello dell'annotazione della sentenza contenente ordine di vendita. Ed anco qui, a parer nostro, il legislatore non muove da uno speciale concetto di protezione dei creditori chirografari, nè tende ad evitare che alcuni di essi si procurino, in pregiudizio degli altri, tardive preferenze: tende piuttosto a rendere possibile la regolare distribuzione del prezzo nel giudizio di graduazione, togliendo al creditore istante l'onere di notificare il bando a coloro che al giorno dell'annotazione della sen-

(1) È precisamente quello che obiettava la stessa Corte d' appello di Torino nella sentenza 27 gennaio 1888, *Giurispr. it.*, XL, I, II, 378.

tenza d'ordine di vendita in margine alla trascrizione del precetto non figurano fra i creditori iscritti. Se ne argomenta la inefficacia delle ipoteche iscritte dopo l'adempimento di quelle formalità; ma tale inefficacia non era, secondo la opinione nostra, il principale obiettivo che il legislatore si proponeva di raggiungere con quella disposizione (1).

218. Un caso nel quale il legislatore ha realmente voluto che in virtù di un determinato atto giuridico restasse irrevocabilmente fissata la situazione dei creditori è quello già contemplato di sopra della eredità giacente o accettata con beneficio d'inventario. Vedemmo già come per l'art. 1971 Cod. civ. sia dichiarato, che la sentenze di condanna non producono ipoteca sui beni di quelle eredità le quali si trovano in una delle due situazioni anzidette (sopra n. 187).

Ma se di fronte all'eredità giacente o accettata con benefizio di inventario non è lecito al creditore di procurarsi, mediante una

---

(1) Un' altra aberrazione della giurisprudenza su questo arduo argomento si riscontra nella sentenza già ripetutamente citata della Corte d'appello di Torino del 27 gennaio 1888, la quale ritenne che non potendo il debitore, secondo la opinione da essa adottata, costituire ipoteca sopra i suoi beni dopo che erano stati colpiti dalla trascrizione del precetto, dovesse senz'altro cadere una ipoteca consentita nello stesso giorno in cui la trascrizione era stata eseguita, senza aver riguardo all'ora in cui i due atti erano stati posti in essere. La solerte direzione del periodico la *Giurisprudenza italiana* accompagna la decisione con la seguente nota: « Ci sembra però un' esagerazione il sostenere, che l'ipoteca accordata dal debitore nello stesso giorno in cui si è effettuata la trascrizione del precetto debba sempre ritenersi inefficace, senza che sia permessa alcuna indagine per istabilire, se l'atto di concessione fu precedente alla eseguita trascrizione; imperocchè prima che questa si compia, il debitore conserva la libera disposizione dei suoi beni, della quale è privato dal momento in cui il precetto che colpisce i suoi fondi è trascritto. Ora se l'ipoteca si accorda quando il debitore poteva ancora disporre liberamente dei suoi beni, perchè dovrà ritenersi inefficace? ». La sentenza si fonda sulla lettera della legge che dice: *dalla data della trascrizione* »; ma con ciò perde di vista il suo spirito, che porta alla conclusione opposta.

sentenza di condanna, un diritto di prelazione in pregiudizio degli altri che si trovano nelle stesse sue condizioni per avere corso la fiducia del debitore della cui eredità si tratta, a più forte ragione deve ritenersi che il diritto di prelazione non possa stabilirsi mediante un volontario accordo fra il creditore e colui che rappresenta l'eredità.

Per ciò che attiene all'eredità giacente, ogni più remoto dubbio è escluso dal fatto che il curatore nominato a forma dell' articolo 981 Cod. civ. non ha la proprietà dei beni ereditari ed è un semplice amministratore obbligato a conservare le ragioni ereditarie e a renderne conto; ma anco nell' altro caso è certissimo che l'erede, il quale ha accettato l'eredità con beneficio d' inventario, non può, finchè durano gli effetti di tale accettazione, consentire ipoteche convenzionali in favore di uno o più creditori della eredità in pregiudizio degli altri.

La Corte d'appello di Torino ebbe occasione di affermare questo principio, osservando che l'accettazione d'eredità con beneficio d' inventario produce nei rapporti dell' erede coi creditori e legatari gli stessi effetti della separazione dei patrimoni, che l' erede con questo fatto dimostra di non voler confondere; succede quindi una devoluzione dei beni ereditari alla massa dei creditori, nel senso che l'erede, senza cessare di essere proprietario, deve limitarsi ad amministrarli, di guisa che la condizione dei creditori dell'eredità diviene invariabile, e l'erede non può mutarla col far pagamenti od accordare garanzie sui beni ereditari ad un creditore in pregiudizio dell'altro. — In via di massima, adunque, l' ipoteca accordata dall' erede beneficiato a favore di un creditore dell'eredità sui beni ereditari è inefficace rimpetto agli altri (1).

(1) Torino, 13 dicembre 1887, *Foro it.*, XIII, I, 449. Confr. ancora Cass. Torino, 2 dicembre 1882, *Foro it.*, VIII, I, 31. In questa sentenza la Corte suprema ebbe occasione di risolvere la questione connessa con la presente, ma sostanzialmente diversa, se nonostante l' accettazione beneficiata sia dato ai creditori di agire in via esecutiva; ma risolvendo affermativamente siffatta

Non varrebbe obiettare che avendo la legge vietato espressamente con l'art. 1971 Cod. civ. la ipoteca giudiziale, la ipoteca convenzionale si deve considerare come permessa, pur riconoscendo che l'erede verrebbe con ciò a tramutarsi di beneficiato in puro e semplice e a decadere dal benefizio accordatogli (1). La decadenza dal benefizio dell'inventario, espressamente comminata in danno dell'erede che vende i beni immobili ereditari, senza le autorizzazioni e senza le forme di legge (art. 973 Cod. civ.), non è comminata del pari a carico dell'erede che concede ipoteca convenzionale su questi stessi beni a un creditore dell'eredità in pregiudizio degli altri. Il legislatore non ha considerato questo caso perchè non lo ha ritenuto giuridicamente possibile. Esso ha voluto che con l'accettazione beneficiata la condizione dei creditori venisse ad essere fissata irrevocabilmente; sarebbe forse stato opportuno che la disposizione dell'articolo 1971 non fosse concepita in termini che si riferiscono unicamente alla ipoteca giudiziale, ma dall'averla concepita in siffatto modo non è lecito argomentare che la ipoteca convenzionale siasi voluta permettere.

Le considerazioni che in proposito al suaccennato obietto fa

---

questione, la Corte manifestò la opinione che non sia lecito ad alcuno dei creditori di procurarsi, sia per fatto proprio, sia per convenzione con l'erede, veruna di quelle cause di prelazione che possono ottenere i creditori più diligenti a fronte di quelli che hanno seguìto la fede personale del debitore.

(1) In questo senso è citata nel *Foro it.*, 1880, *Rep.* v. *Successione*, n. 175 una sentenza della Corte d'appello di Trani del 21 luglio 1880. Dai motivi di questo giudicato, che sono riassunti in nota alla sentenza della Corte d'appello di Torino 13 dicembre 1887 (*Foro it.*, 1888, I, 449), resulta che la Corte si fondò unicamente sulla considerazione che l'erede beneficiato ha poteri più estesi di un semplice amministratore delle cose altrui; ma è facile rispondere che questi poteri sono preordinati alla liquidazione della eredità e al pagamento integrale o proporzionale di tutti i creditori, non alla preferenza da accordarsi agli uni e in pregiudizio degli altri.

la Corte d' appello di Torino ci sembrano senza replica (1): la massima *inclusio unius est exclusio alterius* non è applicabile al caso, nel quale può dirsi piuttosto *ubi eadem est ratio legis, eadem esse debet legis dispositio* (2).

È utile, se non necessario, avvertire che l' erede beneficiato potrebbe ipotecare convenzionalmente i beni dell'eredità a favore dei suoi creditori particolari; ma stante la separazione dei patrimoni prodotta dall' accettazione beneficiata, queste ipoteche non potrebbero valere se non quando, pagati per intiero i creditori dell' eredità, restasse a benefizio dei creditori dell' erede un sopravanzo.

219. Strettamente connessa con l'argomento trattato in questo paragrafo è la questione se coloro che hanno una legittima rappresentanza possano ipotecare i beni del rappresentato. La rap-

---

(1) « E parimente senza profitto si argomenta in senso contrario dall'art. 1971 Cod. civ. con dire che, avendo la legge vietato soltanto le iscrizioni d'ipoteche giudiziali sui beni di un'eredità accettata con benefizio d'inventario, s'intende aver voluto permettere le convenzionali: *inclusio unius est exclusio alterius*. Prescindendo anche dalla considerazione che in verità non si saprebbe trovare ragionevole motivo di siffatta diversità di trattamento, sta poi che codesta disposizione dimostra anzi sempre più la verità di quanto si è fin qui osservato, che cioè conseguenza logica e necessaria dell'accettazione con benefizio d' inventario è che l'erede non possa migliorare la condizione di un creditore a detrimento dell'altro; e la ragione del divieto, di cui all' art. 1971, sta appunto in ciò, che si è voluto togliere all'erede il mezzo di ottenere indirettamente lo stesso scopo, mediante una sempre facile collusione con uno dei creditori ».

(2) Nel caso deciso dalla Corte d'appello di Torino la questione, se pur tale può dirsi, era resa possibile dal fatto che l'erede beneficiato era un minore, e che il suo legittimo rappresentante era stato autorizzato con decreto a consentire la ipoteca convenzionale sui beni dell'eredità; ma la Corte giustamente osservò che un decreto emesso in sede di volontaria giurisdizione non poteva essere opposto in sede contenziosa ai terzi, che venivano a risentirne danno.

presentanza legittima può avere origine dalla legge, perchè connessa all' ufficio di cui il rappresentante è investito, dalla convenzione, perchè derivante dal contratto di mandato. Nell'uno e nell'altro caso, piuttosto che di capacità a compiere un atto di tanta importanza qual' è la costituzione d'ipoteca, la questione è di facoltà di compiere l' atto stesso; non di meno capacità e facoltà si identificano negli effetti, ed è opportuno spendere in proposito qualche parola in questa sede (1).

Per ciò che attiene alla rappresentanza legale, poco è da dire. Il genitore che rappresenta il figlio minore soggetto alla patria potestà, il tutore che rappresenta il minore sotto tutela o l' interdetto per infermità di mente, il genitore naturale che rappresenta il figlio illegittimo da lui riconosciuto e sottoposto a tutela legale, gli amministratori dei corpi morali investiti della rappresentanza di questi enti, non hanno facoltà d'ipotecare i beni dei loro rappresentati se non previa osservanza delle forme abilitanti richieste dalla legge per le persone da essi rappresentate. Quello che di sopra fu osservato riguardo alla ipotecabilità dei beni di queste persone vale per chi le rappresenta, senza che ricorrano particolari osservazioni.

Quanto alla rappresentanza convenzionale si ha una precisa disposizione nell' art. 1741 Cod. civ.: « Il mandato concepito in termini generali non comprende che gli atti di amministrazione. Quando si tratti di alienare, ipotecare o fare altri atti che ec-

---

(1) Il LAURENT (*op. cit.*, XXX, 483 e seg.) tratta della ipoteca consentita dagli amministratori sotto la rubrica riguardante la condizione prima « *per costituire la ipoteca bisogna avere la proprietà* »; ma questo ci sembra un errore di concetto, perchè il rappresentante, non contrattando in nome proprio, ma bensì in nome del rappresentato, agisce per il proprietario secondo la nota massima « *qui mandat ipse fecisse videtur* ». La ricerca da farsi a questo proposito non è dunque diretta a sapere se il rappresentante abbia la proprietà, essa tende a stabilire se abbia facoltà d'ipotecare; e ciò tiene più alla seconda condizione (capacità), che alla prima (proprietà).

cedono la ordinaria amministrazione il mandato debbe essere espresso ».

Il mandatario può dunque costituire ipoteca per conto del mandante che sia proprietario degli immobili da ipotecarsi ed abbia capacità di disporne, sempre che l'atto di mandato gli accordi espressamente siffatta facoltà.

Dovendo il mandato interpretarsi sempre restrittivamente, la facoltà d'ipotecare non può argomentarsi per via di ragionamento dalla estensione dei poteri dati al mandatario. Il mandato ad alienare, per quanto latissimo, non comprenderebbe la facoltà d'ipotecare (1); tanto meno la comprenderebbe il mandato a stipulare mutui, perchè altro è il contrarre un debito, altro il garantirlo.

È del resto indifferente che il mandato sia generico, ad ipotecare cioè tutti gl' immobili del mandante, o limitato ad ipotecarne alcuni; che sia o non sia precisata la somma per la quale l'ipoteca può essere costituita. Un mandato ad ipotecare tutti quanti i beni immobili di proprietà del mandante, per quella somma che

---

(1) Il CARABELLI (*op. cit.*, § XI, n. 2) di fronte al § 1008 del Cod. civ. gen. austriaco risolve il caso nel senso che la facoltà di alienare, data espressamente, comprenda implicitamente la facoltà d' ipotecare, scorgendo tra la vendita e l'ipoteca la differenza che vi è tra il più e il meno, tra il genere e la specie; egli cita in questo senso la L. 9 D. *De pignor. et hypoth.* (XX, 1): *Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest* ». Noi siamo di contrario avviso, di fronte al citato art. 1741 Cod. civ. Il mandato espresso a vendere non è mandato espresso a ipotecare. *Diligenter fines mandati custodiendi sunt* (L. 5, *Mandati vel contra*, XVII, 1). Io posso dare il mandato a vendere un immobile di mia proprietà, senza per questo essere tenuto a riconoscere le ipoteche che in forza di questo mandato il mandatario avesse consentite sul medesimo. Chi direbbe valida una locazione ultranovennale consentita dal mandatario che aveva facoltà di vendere l'immobile locato? Eppure fra la vendita e la locazione c' è, come fra la vendita e l' ipoteca, la differenza che corre tra il più e il meno; ma non sono la stessa cosa; il mandato deve interpretarsi ed eseguirsi secondo il suo oggetto, ed un mandato che ha per oggetto di vendere un immobile, non ha per oggetto d'ipotecarlo.

il mandatario reputasse conveniente, sarebbe validissimo ed efficace per tutti i beni e per qualunque somma, perchè è mandato espresso ad ipotecare (1).

220. Però la ipoteca concessa dal mandatario al di là dei limiti delle facoltà concessegli dal mandante, potrebbe da quest'ultimo essere ratificata, e diventare perciò valida come se il mandatario fosse stato, fino dal momento in cui consentì l'ipoteca, capace di consentirla. Infatti il capoverso dell'art. 1742 dispone che il mandante non è obbligato per quello che il mandatario avesse fatto oltre tali facoltà, se ciò non è stato espressamente o tacitamente ratificato, ed è risaputo che la ratifica si equipara al mandato e ne produce gli effetti.

La questione può assumere una certa importanza di fronte al diritto dei terzi. Un mandatario, che non ha facoltà espressa d'ipotecare, consente una ipoteca sui beni del mandante, che viene regolarmente iscritta sui registri ipotecari, perchè il conservatore erra nella interpretazione del mandato e lo ritiene sufficiente; il mandante ratifica poi l'operato del mandatario; ma nel frattempo un altro creditore del mandante prende ipoteca sugli stessi beni. La ratifica darà diritto al creditore iscritto in forza della ipoteca

---

(1) CARABELLI (*op. e loc. cit.*) il quale ricorda la teorica conforme del NEGUSANTIUS, *De pignor.*, par. 2, mem. 3, n. 70: « *Non tamen requiritur quod sit individuum ad pignorandam talem rem tali, sed sufficit quod sit in specie ad pignorandam rem* ». Il ricordato autore esamina anche la questione se colui che ha un mandato ad ipotecare i beni altrui, possa efficacemente spenderlo per garantire un debito proprio; la quale, così com'è posta, non può che risolversi negativamente, secondo la disposizione dell' art. 1752 Cod. civ., per la quale il mandante non è tenuto ad eseguire le obbligazioni contratte dal mandatario se non nei limiti delle facoltà che gli ha date. Occorrerebbe pertanto per la validità di simile ipoteca che il mandato fosse rilasciato con facoltà d' ipotecare anco nell'interesse del mandatario, e per garanzia dei suoi debiti. Allora soltanto potrebbe dirsi *espresso*, secondo la formola dell'art. 1742 capov. Cod. civile.

consentita dal mandatario di essere collocato con preferenza sul creditore iscritto posteriormente? In altri termini la eccezione del difetto di mandato originariamente verificatosi può essere opposta dal terzo?

La soluzione negativa ci sembra la sola rispondente al rigore dei principii.

Quando il secondo creditore iscrisse la sua ipoteca, la ipoteca consentita dal mandatario figurava già nei registri ipotecari contro il suo debitore; o egli conobbe, fino d'allora, il difetto del mandato, e sapeva che poteva essere sanato con la ratifica; o non lo conobbe, e sapeva che la sua ipoteca era seconda di grado. Nell'uno e nell'altro caso la soluzione da noi proposta non viola il principio della pubblicità, sul quale si fonda il diritto dei terzi. Nel primo caso il creditore doveva essere cauto di esigere la cancellazione della ipoteca precedentemente iscritta, onde porre il debitore nella impossibilità di ratificarla; nel secondo caso non avrebbe diritto di profittare di una nullità che non conosceva quando si contentò della seconda ipoteca.

La eccezione del difetto di mandato non può essere opposta che dal mandante; dal momento che egli può privarsene ratificando l'operato del mandatario, i suoi creditori non possono proporla contro la sua volontà (1).

---

(1) Parlando della quistione analoga nascente dalla ratifica della ipoteca consentita invalidamente da un minore d'età, abbiamo espresso la stessa opinione (sopra n. 214): non vogliamo però tralasciar di notare come un autorevolissimo scrittore, il CARABELLI (*op. cit.*, § XI, n. 3) sia di contrario avviso in quanto sostiene sulla scorta di BARTOLO (in L. 20 *De pignor act.*) che la ratifica è operativa di effetto fra le parti contraenti, ma non di fronte ai terzi che ne risentono pregiudizio: « *ratificatio facta per dominum de obligatione facta de re sua per extraneum, praejudicat ipsi ratificanti, et retrotrahitur in prejudicium ipsius ratificantis; sed non in praejudicium illius cui dominus obligavit dictam rem antequam ratificaret* ». Noi pensiamo col DONELLO (*De pignor.*, 7) che la retroattività della ratifica operi anche in pregiudizio dei terzi, purchè la ipoteca sia stata debitamente iscritta fino da quando fu consentita. La L.

La soluzione da noi accolta è ben lontana dall'essere pacifica (1); ciò non ostante crediamo di doverla mantenere senza preoccuparci del pregiudizio che i terzi possono risentire; si tratta di un interesse, non di un diritto, e di un interesse che può impunemente essere sacrificato, dal momento che non è violato il principio della pubblicità.

221. Resta per ultimo da esaminare la questione, se sia valida la ipoteca costituita sopra beni lasciati per testamento, o donati, con la condizione espressa che non possano essere alienati od ipotecati; la risoluzione di tale questione è logicamente subordinata all'altra più generale, se un divieto di questa natura possa spiegare un effetto utile. Il Laurent ha trattato diffusamente siffatta questione, risolvendola nel senso della invalidità del divieto, senza che si debba distinguere il movente che lo ha determinato; tanto se il divieto è imposto nell' interesse dell' erede, legatario o donatario, quanto se è imposto nell' interesse del donante o di un terzo, è indubitato che costituisce un vincolo contrario alla essenza del diritto di proprietà ed alla libera trasmissione dei beni, che è d'ordine pubblico. Il legislatore può sottrarre alcuni beni al commercio in vista della loro destinazione, può impedire la esecuzione forzata di certi altri, per manifeste ragioni di umanità, ma il privato non può fare altrettanto. Chi non ha fede nello spirito di conservazione e di economia dell'erede o del donatario, può limitare la sua liberalità al solo usufrutto; ed anco darle il carattere di prestazione alimentare dichiarata insequestrabile dalla legge: chi

---

16, § 1 D. *De pignor. et hyp.* è concepita in termini assoluti: « *Si nesciente domino, res ejus hypothecae data sit, deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est, hoc ipsum quod ratum habet, noluisse eum retro recurrere ratihabitionem ad illud tempus, quo convenit; voluntas autem fere eorum demum servabitur, qui et pignori dare possunt* ».

(1) Confr. specialmente MELUCCI, *op. cit.*, lez. X, n. 10. Il principio che la nullità non può essere dedotta dal creditore posteriore, che è poi decisivo nella questione, è adottato anco dal RICCI, *op. cit.*, X, 183.

vuole assicurare il soddisfacimento degli obblighi imposti all'erede o al donatario, può vincolare i beni donati al soddisfacimento degli obblighi stessi, o assoggettare la liberalità alla condizione che siano dal beneficato prestate determinate garanzie; ma un divieto di alienare, tanto se espresso in modo assoluto e senza limitazione di durata, quanto se limitato ad un periodo di tempo, o subordinato al verificarsi di un avvenimento incerto e futuro, non è giuridicamente ammissibile (1).

Essendo invalido il divieto, le ipoteche concesse dal proprietario dovrebbero spiegare la loro efficacia, non potendo applicarsi alle medesime la disposizione dell'art. 1974 Cod. civ. (2).

§ 3.

Atto costitutivo dell' ipoteca.

A

Forma dell' atto.

SOMMARIO

222. È richiesta la scrittura a pena di nullità. Atto pubblico e scrittura privata — 223. Ulteriori forme richieste per la iscrizione dell' ipoteca costituita per privata scrittura — 224. Atto pubblico. L'ipoteca non può essere costituita nel testamento — 225. Atti ricevuti dai funzionari amministrativi — 226. L' atto pubblico nullo come tale può dar vita all' ipoteca, se vale come scrittura privata — 227. Scrittura privata — 228. La ipoteca può costituirsi mediante cambiale — 229. L' autenticazione e la recognizione giudiziale sono richieste non soltanto nell'interesse del debitore ma ancora nell' interesse dei terzi. Conseguenze di tale principio — 230. Mandato a consentire la ipoteca — 231. Promessa di costituire ipoteca.

222. La costituzione dell'ipoteca, come atto attributivo di un diritto reale sopra beni immobili, è fra quelli pei quali la scrit-

(1) Sui diversi casi e sulle contrarie decisioni della giurisprudenza francese, cons. LAURENT, *op. cit.*, XI, 460 e seg.

(2) In questo senso, POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 226 con gli scrittori e decisioni ivi in nota.

tura è richiesta a pena di nullità, sebbene non compreso nella enumerazione generale che di questi atti è fatta nell'art. 1314 Codice civile (1). In vero in quest' articolo, dopo aver dichiarato che devono farsi per atto pubblico e per scrittura privata, sotto pena di nullità, le convenzioni che trasferiscono proprietà d' immobili, e le altre ivi ricordate dal n. 1 al n. 7, il legislatore al n. 8 aggiunge « gli altri atti specialmente indicati dalla legge ». Fra questi è la costituzione della ipoteca convenzionale, disponendo l'articolo 1978 Cod. civ. che l'ipoteca convenzionale deve costituirsi per atto pubblico o per scrittura privata.

Il legislatore si è con questa disposizione situato a giusta distanza, tanto dalla eccessiva larghezza del diritto romano, che ammetteva la costituzione verbale del diritto d' ipoteca (2), quanto dal soverchio rigore del codice francese, che richiedeva in ogni caso l'atto pubblico, ricevuto da due notari o da un notaro assistito da due testimoni (3).

(1) Melucci, *op. cit.*, lez. VII, n. 7.

(2) L. 4 D. *De pignoribus et hypothecis* (XX, I). « Contrahitur hypotheca per pactum conventum, quem quis pasciscatur, ut res ejus propter aliquam obligationem sit hypothecae nomine obligatae; nec ad rem pertinet, quibus fit verbis, sicuti est et in his obligationibus, quae consensu contrahuntur. Et ideo et sine scriptura si convenit, ut hypotheca sit, et probari poterit, res obligata erit, de qua conveniunt; fiunt enim de his scripturae, ut, quod actum est, per eas facilius probari possit, et sine his autem valet, quod actum est, si habeat probationem, sicut et nuptiae sunt, licet testationes in scriptis habitae non sunt ». Da un frammento di Modestino resulta che l' ipoteca poteva costituirsi « *etiam inter absentes* » (L. 23, § 1 *h. t.*) e da uno di Scevola che poteva costituirsi mediante lettere missive (L. 34, § 7 D. *h. t.*). Avverte però il Carabelli (*op. cit.*, § XXI) che ben presto si comprese come in questa materia non basti provare il prestato consenso in confronto del debitore, ma occorra provarlo in confronto ai terzi, potendo accadere che il debitore deteriori la condizione dei creditori precedenti, simulando delle antiche ipoteche con date fittizie; per questo l'imperatore Leone statuì che l'ipoteca non attribuisse prelazione in confronto ai terzi o posteriori creditori, se non apparisse da pubblico istrumento, ovvero da scrittura privata firmata da tre testimoni degni di fede (L. 11 C. *Qui potiores in pignore*, VIII, 17).

(3) Art. 2127. Esigevano egualmente l'atto pubblico: Cod. alb. art. 2187;

Per ciò che attiene alla privata scrittura, il citato art. 1978 va posto subito in relazione con l'art. 1989 Cod. civ. pel quale, costituita l'ipoteca per atto privato, non se ne può ottenere l'iscrizione se la sottoscrizione di chi l'ha acconsentita non è autenticata da notaro od accertata giudizialmente; e poichè l'ipoteca ha effetto e prende grado solo dal momento della sua iscrizione, ognuno vede che l'adempimento dell'una o dell'altra di queste formalità è addirittura sostanziale; è infatti perfettamente inutile pel creditore avere acquistato il diritto all'ipoteca nei rapporti col debitore, se questa non può essere iscritta, ed essere con la iscrizione resa operativa di effetto di fronte ai terzi.

Dal tenore dell'art. 1989 Cod. civ. si argomenta però che il creditore, il quale abbia ottenuto dal debitore un atto privato costitutivo d'ipoteca non autenticato da notaro, e perciò inabile di per sè stesso a fargli ottenere la iscrizione sui registri ipotecari, può valersene proponendo la speciale domanda per il giudiziale accertamento della sottoscrizione del costituente, prevista e regolata dagli art. 282 e seg. Cod. proc. civ. (1). Ottenuta la giudiziale

Cod. nap. art. 2013; Cod. parm. art. 2181; Cod. est. art. 2181; Regol. pontif. art. 125; Regol. ipot. austr. 19 aprile 1806, art. 56 e notificazioni concordanti, citate da CARABELLI, *op. cit.*, § XVI; la sola legge toscana ammetteva la costituzione della ipoteca per privata scrittura, ma con tali restrizioni da rendere illusoria la concessione. Art. LXIX: « La ipoteca convenzionale non potrà costituirsi che mediante un istrumento pubblico, o una scritta privata. — La scritta privata a questo effetto si dovrà porre in essere alla presenza di tre testimoni, che la firmeranno insieme col costituente, e dovrà inoltre esser munita di recognizione notariale esprimente: — Che il notaro ha prima fatta lettura della scritta al costituente e ai testimoni — Che il costituente ne ha ratificato il contenuto — Che i testimoni hanno dichiarato col loro giuramento di avere apposte le firme respettive contestualmente, e di proprio carattere — Che l'adempimento di tutte le dette condizioni viene attestato dal notaro nella qualità di pubblico ufficiale ».

(1) « La domanda per recognizione o verificazione di una scrittura privata può proporsi in giudizio, sia che la domanda formi l'oggetto principale del giudizio stesso, sia che abbia per iscopo l'adempimento dell'obbligazione ».

recognizione della sottoscrizione, sia come pronunzia principale di per sè stante, sia come pronunzia accessoria di una sentenza che condanni all'adempimento dell'obbligazione garantita, la ipoteca può essere iscritta; ma la utilità della recognizione si manifesta nel primo caso soltanto, perchè nel secondo la sentenza potrebbe servire di titolo per iscrivere l'ipoteca giudiziale indipendentemente dal consenso prestato dal debitore.

223. Un'altra sostanziale differenza fra l'atto pubblico e la scrittura privata, non all'effetto della costituzione dell'ipoteca, ma all'effetto della iscrizione che dà vita di fronte ai terzi al relativo diritto, consiste in ciò, che l'atto pubblico, essendo custodito nel suo originale presso il pubblico ufficiale che lo ha ricevuto o depositato in un pubblico archivio, e potendo sempre essere rintracciato da chi vi ha interesse, deve semplicemente esibirsi in copia autentica al conservatore delle ipoteche (1); la scrittura privata, invece, deve essere presentata in copia autenticata se l'originale si trova depositato in un pubblico archivio, o negli atti di un notaro, e può ivi essere rintracciato da chi ha interesse di conoscerne il contenuto; ma in ogni altro caso deve essere presentata in originale, coi documenti accessori che possano occorrere, e deve restare depositata coi documenti stessi nell'uffizio delle ipoteche (art. 1989 capov. 1° e 2° Cod. civ.), per le verifiche e per i confronti di cui sarà parlato a suo luogo.

Abbiamo voluto fin d'ora avvertire questa differenza fra l'atto pubblico e la scrittura privata depositata in un pubblico archivio o negli atti di un notaio, da un lato, e la scrittura privata che resta in potere del creditore dall'altro lato, sebbene la differenza stessa si riferisce piuttosto alla iscrizione dell'ipoteca, di cui dovremo occuparci in seguito, che alla sua costituzione, di cui ci stia-

---

(1) Anzi la esibizione non è necessaria quando si tratti di atto ricevuto nel regno e non sia ancora pagata la tassa di registro: in tal caso basta che le note che si presentano per l'iscrizione siano certificate dal notaro che ha ricevuto l'atto (art. 1991 Cod. civ.).

mo occupando; era necessario dare fin d'ora un cenno di questa differenza sostanzialissima, perchè può servire di guida nel risolvere alcune questioni delle quali è necessario occuparsi per dare all'art. 1978 Cod. civ. la sua giusta interpretazione.

Il legislatore tende evidentemente a far sì che chi ha interesse a verificare la regolarità del titolo costitutivo e la sua corrispondenza con la iscrizione possa farlo senza difficoltà; se pertanto l'originale del titolo costitutivo è depositato negli atti di un notaio, o in un pubblico archivio, il legislatore si contenta che ne sia esibita copia al conservatore; ma se l'originale è in potere del creditore, ed è da lui presentato per ottenere l'iscrizione, il legislatore vuole che sia dal conservatore ritenuto e che sia custodito nell'uffizio ipotecario coi documenti che vi sono annessi come gli atti di procura in forza dei quali la ipoteca è stata consentita, i decreti autorizzativi, le sentenze di recognizione di scrittura e simili.

Ciò sta a dimostrare che la consegna dell'originale è richiesta dalla legge nell'interesse dei terzi. Vedremo a suo luogo le applicazioni di questo principio.

224. La ipoteca può dunque in primo luogo essere costituita per atto pubblico: per atto, cioè, ricevuto da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato, nel luogo dove l'atto è seguito, ad attribuirgli pubblica fede (art. 1315 Cod. civ.). Anco un atto pubblico ricevuto in paese estero può servire di titolo per iscrivere ipoteca nel regno, purchè sia debitamente legalizzato (art. 1990 Codice civile). Anco un verbale di conciliazione, che vale come atto pubblico, o per lo meno come scrittura privata riconosciuta in giudizio (art. 7, 417 Cod. proc. civ.), può servire di atto costitutivo della ipoteca che sia stata consentita nel medesimo (1).

(1) Pochintesta, *op. cit.*, I, 230.—Brescia, 17 aprile 1884, *Legge*, 1884, II-306: « Attesochè, disse la Corte, si è opposto e si oppone ancora senza fondamento che l'ipoteca consentita con l'atto di sottomissione ricevuto dal giudice conciliatore essendo stata iscritta in base ad atto privato non rivestito

Un recente scrittore nostro ha recisamente affermato che non può essere vietato al testatore di costituire ipoteca nelle forme della ipoteca convenzionale a vantaggio del creditore e dei legatari, essendo il testamento un atto pubblico o una scrittura privata (1). Ma noi siamo di contrario avviso per le ragioni accennate superiormente, dove si parlò della proposta fatta dal senatore Chiesi nella commissione di coordinamento per introdurre la ipoteca testamentaria nel codice civile e delle ragioni per le quali non fu adottata (2). È vero che la commissione affermò che in pratica, ed anco in diritto, la ipoteca testamentaria è compresa nella convenzionale e che potrebbe essere pericoloso, ed originare non poche questioni, il farne una classe a parte; ma noi dimostrammo già la erroneità di cotesta considerazione e non abbiamo motivo di pentirci della data dimostrazione. Una ipoteca consentita nel testamento non potrebbe spiegare il suo effetto che in virtù di un preciso testo di legge; la legge parla d'ipoteca convenzionale e il te-

---

dalle formalità prescritte dall'art. 1989 Cod. civ., dovendo, come tale, ritenersi non sussistente, il comune non potesse in base alla medesima agire esecutivamente nell'immobile sul quale quella ipoteca venne iscritta. Quell'atto, se non riunisce in sè i requisiti estrinseci per qualificarlo quale un atto notarile, non può per altro essere qualificato quale semplice atto privato, al quale manchino i requisiti per la valida iscrizione di quel vincolo a' termini di detta disposizione. È atto privato quello che trae la propria esistenza e forza estrinseca dalla semplice firma dei contraenti, non quello che segue o si stipula davanti un ufficiale rivestito di pubblica autorità, il quale, ricevendo le dichiarazioni delle parti ed autenticandone la sottoscrizione, imprime all'atto le forme estrinseche che sono necessarie per assicurarne la sua autenticita e verità; e lo è il verbale di conciliazione, ricevuto dal conciliatore, che contiene le firme dei contraenti solennemente cerziorate da quell'ufficiale ». V. ancora Cass. Firenze, 19 marzo 1877, *Legge*, 1877, I, 812, non sulla questione speciale, ma sulla forza probante del verbale di conciliazione.

(1) MIRABELLI, *op. cit.*, pag. 61.

(2) V. sopra n. 38 e seg.—MELUCCI (*op. cit.*, lez. VII, n. 4) dimostra chiaramente la fondatezza della opinione da noi propugnata nel testo.

stamento non è una convenzione. La ipoteca non potrebbe essere iscritta se non dopo la morte di colui che l'ha consentita e dopo conosciute e pubblicate le sue disposizioni di ultima volontà. Noi ammettiamo, e lo dimostreremo in breve, che l'intervento del creditore all'atto costitutivo della ipoteca non è richiesto dalla legge; ammettiamo che la sua accettazione possa essere posteriore, ed anco essere tacita ed argomentarsi implicitamente dall'avere richiesto la iscrizione e dal profittarne; ma in ogni modo la riunione dei consensi, l'*in idem placitum* costituente la convenzione, è indispensabile perchè si abbia la ipoteca convenzionale: or come può aversi la riunione dei consensi mentre il debitore non può prestarlo se non quando il debitore ha cessato di vivere?

Non varrebbe obiettare che il testatore il quale, salvi i diritti riservati a certi prossimi congiunti ed al coniuge, può liberamente disporre delle proprie sostanze per il tempo in cui avrà cessato di vivere, può valersi di questa sua facoltà ipotecandole. Il testatore deve disporre secondo le regole stabilite dalla legge (articolo 759 Cod. civ.); e fra le regole stabilite dalla legge vi è quella dell'art. 1968 Cod. civ. per la quale l'ipoteca è legale, giudiziale o convenzionale (1).

225. Il codice francese disponendo in modo assoluto che la ipoteca dovesse essere costituita mediante atto ricevuto da due no-

---

(1) Le osservazioni fatte nel testo dimostrano come non siano da accogliersi le massime contrarie sancite dalla giurisprudenza e segnatamente quella della Corte d'appello di Milano (7 febbraio 1879, *Mon. trib. Mil.*, XX, 259) che la ipoteca ordinata con testamento può ritenersi compresa nella classe delle ipoteche convenzionali. Giustamente la Cass. di Torino (3 decembre 1880, *Giurisprudenza tor.*, XVIII, 156) decise che la ipoteca attribuita ai legatari dal testatore vale quantunque non siano nel testamento specificati i beni da ipotecarsi, sempre che gl'interessati, in adempimento della volontà del testatore, abbiano con atto contrattuale determinato e specificato la ipoteca. In tal caso infatti la ipoteca non è costituita col testamento, ma con l'atto posteriore. Il testatore può ordinare all'erede di dare ipoteca, non costituirla egli stesso col testamento.

tari, o da un notaro con intervento di due testimoni, venne in modo non dubbio ad escludere che potesse costituirsi per atto amministrativo come era ammesso in Francia secondo alcune disposizioni legislative vigenti prima della promulgazione di quel codice (1).

Che dire sotto l'impero del Codice civile italiano? L'art. 1978 parla in genere di atto pubblico, non di atto ricevuto da notaio; ora è ammesso dalla legislazione nostra che certi atti pubblici d'indole amministrativa possano essere ricevuti da funzionari amministrativi (2). Se in questi atti venisse costituita una ipoteca per garanzia delle obbligazioni assunte dal privato che contratta con l'amministrazione, sarebbe valida siffatta costituzione? La risposta affermativa ci sembra conforme al testo della legge: dal momento che quegli atti possono essere rogati da quei funzionari, dal momento che quei funzionari, rogandoli, compiono funzioni pubbliche, e meritano perciò la pubblica fede, si hanno gli estremi dell'articolo 1315 Cod. civ.

La costituzione della ipoteca deve essere strettamente connessa con l'atto amministrativo, come nel caso che con essa si co-

(1) Legge 23 ottobre 1790, art. 14; Legge 4 marzo 1793, art. 3. Cons. su ciò LAURENT, *op. cit.*, XXX, 436.

(2) Se ne ha un esempio nell'art. 158 della legge comunale e provinciale, pel quale i contratti di taglio di boschi comunali sono rogati dinanzi al prefetto o al sottoprefetto dal segretario di prefettura o di sottoprefettura. Il consiglio di stato con suo parere a sezioni unite del 3 maggio 1879, adottato dal ministero dell'interno (*Riv. amm.*, 1879, 424), decise che il segretario comunale è pubblico ufficiale e può in tale qualità rogare in pubblica forma i contratti di cui all'art. 128 della legge comunale e provinciale del 20 marzo 1865 (art. 157 legge vigente). Ciò si argomenta dall' art. 11 della legge 22 aprile 1869 sulla contabilità dello Stato e dagli art. 105, 107 del relativo regolamento 4 settembre 1870. V. ancora circolare 23 decembre 1879 del ministero delle finanze n. 25559-850 alle conservatorie delle ipoteche e la circolare del ministero delle finanze (Direzione delle imposte dirette) n. 51750-8816 del 1 ottobre 1882 sui contratti esattoriali. I segretari delle amministrazioni provinciali non sono pubblici ufficiali e non possono rogare atti pubblici (circol. suddetta).

stituisse una cauzione a favore dell'amministrazione pubblica (1). Un funzionario amministrativo non può ricevere che atti amministrativi; per questi soltanto riveste la qualità di pubblico ufficiale; se la ipoteca fosse costituita fra privati, o anche dalla pubblica amministrazione a favore di privati, per garanzia di un mutuo da essa contratto, o di altra consimile obbligazione, l'atto ricevuto dal funzionario amministrativo non avrebbe giuridica efficacia; non varrebbe come atto pubblico, perchè in questa parte il funzionario non era autorizzato a riceverlo; non varrebbe come scrittura privata autenticata, perchè l'autenticazione delle sottoscrizioni è funzione propria dei notari; varrebbe come scrittura privata, quando ne avesse i requisiti (2), ma in tal caso non po-

(1) La Corte di Cass. di Roma decide in termini la questione, relativamente ad una ipoteca costituita da un appaltatore del dazio consumo a favore del comune (sentenza del 17 gennaio 1885, *Riv. amm.*, 1885, 846). Il caso deciso presentava anzi questa specialità, che la ipoteca non era stata costituita con l'atto stesso di appalto del dazio consumo, ma con atto separato. « Il ricorso, disse la Corte, non impugna anzi riconosce, essere conforme alla più autorevole giurisprudenza che il segretario comunale, sia secondo l'art. 108 del regolamento 4 settembre 1870, il funzionario cui è commesso l'incarico di distendere e ricevere gli atti di appalto nell'interesse dell'amministrazione comunale. Il ricorso però afferma che il segretario debba limitarsi a distendere e ricevere il contratto compiuto nel momento stesso dell'aggiudicazione, e non possa spingersi sino a compilare un atto separato, il quale dia facoltà per la iscrizione di una ipoteca. Quando però diasi mente che la legge conferisce al segretario comunale la competenza per gli appalti, e che non sia vietato che questi si determinino nelle parti accessorie, qual si vede nella specie, successivamente ed in atti molteplici, non saprebbesi addirittura comprendere come possa in modo giuridico ammettersi distinzione fra atti ed atti, riferentisi allo stesso appalto. L'appalto è unico e solo, e al funzionario chiamato a rogarlo è logica necessità riconoscere tale competenza in tutti gli atti nei quali l'appalto si concreta ».

(2) Infatti l'art. 1316 Cod. civ. dispone: « L'atto che per incompetenza od incapacità dell'ufficiale che lo ha ricevuto, o per difetto di forma, non ha

trebbe servire per l' iscrizione della ipoteca se non quando fosse accertato giudizialmente.

226. Dal fatto che il Codice nostro non richiede per la costituzione della ipoteca l' atto pubblico a pena di nullità, ma si accontenta della scrittura privata, deriva la importante conseguenza che il difetto di uno qualunque dei requisiti richiesti dalla legge per la validità dell'atto pubblico, non produce di per sè stesso la nullità della costituzione.

Dato il difetto di questi requisiti, bisogna distinguere: se l'atto è sottoscritto dalle parti, e vale per ciò come scrittura privata (art. 1316 Cod. civ.), la costituzione della ipoteca può ritenersi valida; sarà questione di vedere se l'intervento del pubblico ufficiale, che per difetto di qualche requisito non ha potuto dare all'atto la forza pubblica, basta almeno ad attribuirgli la minore efficacia probante della scrittura privata autenticata, in modo che possa senz'altro procedersi alla iscrizione, o se occorra l'accertamento giudiziale delle sottoscrizioni; ma se l'atto non è sottoscritto dalle parti, e segnatamente da quella che ha consentito la ipoteca, non potendo esso valere neppure come privata scrittura, la costituzione dell'ipoteca dovrebbe ritenersi come inesistente.

Si avrebbe un atto nullo in modo assoluto per difetto di formalità, di fronte al quale la sanatoria, posta in essere mediante atto confermativo, è positivamente esclusa dal legislatore (art. 1310 Cod. civ.).

Trattandosi d'inesistenza della ipoteca, e perciò di nullità assoluta, la sua inefficacia potrebbe essere opposta da qualunque interessato; anco da un creditore posteriore, al quale importasse di migliorare il suo grado, eliminando il grado spettante all'ipoteca nullamente costituita.

Un caso pratico varrà a chiarire la distinzione superiormente accennata. Tizio consente una ipoteca per atto ricevuto da notaio;

---

forza di atto pubblico, vale come scrittura privata quando sia stato sottoscritto dalle parti ».

interviene un testimone minore di età, non è fatta menzione della lettura fatta alle parti in presenza dei testimoni, o è omessa qualche altra formalità richiesta dalla legge notarile a pena di nullità, e per conseguenza l'atto non può valere come atto pubblico; se Tizio ha sottoscritto, l'atto vale come scrittura privata e vale la ipoteca; ma se Tizio non ha sottoscritto, perchè non sapeva o non poteva scrivere, si ha la costituzione d'ipoteca nulla in modo assoluto per difetto di formalità.

227. La scrittura privata non è definita dalla legge (1); per la sua efficacia non è richiesto che un requisito essenziale, cioè la sottoscrizione della parte che con essa intende di assumere una obbligazione, trasferire o costituire un diritto (2); essa non è vincolata all'osservanza di forme speciali (3); non è richiesto che sia redatta su carta da bollo, nè che sia scritta di pugno dell'obbligato (4).

Qualunque scritto che porti la firma del costituente, anco una semplice lettera missiva, può pertanto valere come valido atto costitutivo della ipoteca (5), purchè il suo contenuto risponda al voto della legge ed al principio della specialità (6).

---

(1) Mentre il Codice civile definisce nell'art. 1315 l'atto pubblico, non dà della scrittura privata alcuna definizione.

(2) La giurisprudenza è costante nel ritenere inattendibile il croce-segno.

(3) Neppure la redazione di più originali per le convenzioni sinallagmatiche, come dispone l'art. 1525 Cod. franc.

(4) Soltanto è richiesto il buono ed approvato con la somma in tutte lettere quando vi è promessa di somma di danaro o di altra cosa valutabile in danaro (art. 1325 Cod. civ.); ma la costituzione d'ipoteca non rientra in questa disposizione, perchè non è necessario che sia contenuta nell'atto stesso che fa fede della obbligazione principale e può essere consentita per sicurezza di una obbligazione presistente.

(5) Se l' atto non è scritto su carta da bollo potrà sempre essere regolarizzato col pagamento della tassa e sopratassa prescritta dalla legge relativa. Non è poi necessaria la contestuale accettazione del creditore, come sarà in appresso dimostrato.

(6) Del contenuto ci occuperemo particolarmente in questo stesso paragrafo, alla lettera B.

Mancando l'autenticazione notarile non si avrà altra conseguenza che questa, che il creditore non potrà ottenere l'iscrizione, se non dopo aver provocato l'accertamento giudiziale della sottoscrizione apposta all'atto del costituente (1).

228. Può la ipoteca costituirsi mediante cambiale? Avemmo altra volta occasione di rispondere a questa domanda (2), e poichè la opinione affermativa, da noi espressa, incontrò il plauso dei commentatori del patrio codice (3), reputiamo conveniente di riportare la parte sostanziale del nostro breve scritto.

« Il nostro Codice civile dispone che l'ipoteca convenzionale deve costituirsi per atto pubblico o per scrittura privata (art. 1978): modifica quindi essenzialmente il rigoroso sistema del Codice francese e degli antichi codici dei diversi Stati d'Italia, e rende possibile una deroga al principio, ricevuto in Francia e in Germania, che non possa costituirsi l'ipoteca mediante cambiale. Questa indubbiamente è una privata scrittura; per l'art. 1978 Cod. civ. la ipoteca può costituirsi mediante privata scrittura, quindi ancora mediante cambiale.

« L'egregio professore Vidari (4) ha enunciata questa opinione: ma l'enunciarla non basta, perchè delle serie obiezioni potrebbero venir sollevate ed occorre prevenirle.

« Le obiezioni potrebbero essere desunte dagli art. 1979 e 1989 Cod. civ.

« L'art. 1979, potrebbe obiettarsi, prescrive che nell'atto costitutivo dell'ipoteca l'immobile da sottoporvisi deve essere specificatamente designato colla indicazione della sua natura, del comune in cui si trova, del numero del catasto o delle mappe cen-

---

(1) L'autenticazione è richiesta per l'iscrizione, non per la costituzione dell'ipoteca (Cass. Napoli, 18 marzo 1879, *Gazz. proc.*, XIV, 233).

(2) « *Se per la legislazione italiana la ipoteca possa costituirsi mediante cambiale* » (*Arch. giurid.*, XIV, 553).

(3) Pochintesta, *op. cit.*, I, 231; Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, I, 163.

(4) *Lettera di cambio*, n. 67 in fine.

suarie, dove esistono, e di tre almeno dei suoi confini; or come tutte queste indicazioni possono essere contenute nella cambiale, che è sempre scritta sopra un foglio poco più che sufficiente a contenere le indicazioni prescritte a pena di nullità dall' art. 196 Cod. di comm.? Ma non basta. Per l' art. 1989 quando l' ipoteca deriva da atto privato, non se ne può ottenere l'iscrizione, se la sottoscrizione di chi l' ha consentita non è autenticata da notaio od accertata giudizialmente; ed ecco quindi che non solo la cambiale deve contenere la descrizione dell'immobile da sottoporsi ad ipoteca, ma altresì la recognizione notarile. Finalmente, e questa sembra a prima vista obiezione più grave, per l'ultimo capoverso dell'articolo ora citato, venendo presentato l' originale della scrittura privata, deve il medesimo coi relativi documenti, rimanere depositato nell'uffizio dell'ipoteche; or come può la cambiale conservare la sua missione, che è quella di circolare come equivalente della moneta, se nel caso che contenga una costituzione ipotecaria deve rimanere depositata onde conseguire la relativa iscrizione? Come può essa essere presentata per l' accettazione o per il pagamento, trasmessa ad altri con gira, e protestata all' occorrenza? Ove è la prova del credito, che, come è noto, tutto si concreta nel titolo e nelle sottoscrizioni e dichiarazioni che lo rivestono?

« Niuna di queste obiezioni ha la forza di farci abbandonare la nostra ferma convinzione. Quelle desunte dall' art. 1979 e dal primo alinea dell'art. 1989 costituiscono delle semplici questioni di spazio; e siccome nulla vieta di scrivere assai minuto, e di adoperare una carta di qualche centimetro più larga di quella ordinariamente usata, non possono di per sè sole impedire che abbia effetto la costituzione d' ipoteca mediante cambiale, permessa dall'art. 1978. Del resto la recognizione notarile è validamente fatta con una brevissima dichiarazione: « *Certifico vera la firma del signor N. alla mia presenza apposta.* A. *notaio*, B. *e* C. *testimoni* ». Ciò può entrare comodamente in una linea sola della cambiale.

La designazione dell'immobile può essere fatta pure con brevissime parole. Giova ricordarsi come penda tuttora questione se nella frase *e di tre almeno dei suoi confini*, la *e* sia o no disgiuntiva (1). Se fosse disgiuntiva, tutto si ridurrebbe a enunciare la natura dell'immobile, il comune, la lettera della sezione ed il numero particellare: *do ipoteca sulla mia casa posta in Pisa, Sez. X, N. 400...* Come si vede basterebbe una brevissima dichiarazione. Ma ancorchè dovessero esservi aggiunti i nomi di tre confinanti, la dichiarazione non sarebbe tanto lunga da non poter trovar posto in una cambiale. Ma non basta. Tutti sanno come relativamente alla descrizione dell' immobile da sottoporsi ad ipoteca gli scrittori distinguano l'atto di costituzione dalla iscrizione: nell'atto di costituzione, e così nei rapporti fra debitore e creditore, basta che resulti in modo chiaro la prova della intenzione di sottoporre a ipoteca un dato immobile, o un determinato insieme d'immobili; nell'atto d' iscrizione invece, che, come è noto, serve alla pubblicità e specialità delle ipoteche, l'immobile deve essere nettamente descritto onde i terzi non possano essere tratti in inganno (2). Data la prevalenza a questa opinione, che pure ha molti fautori, basterebbe dire nell' atto costitutivo della ipoteca « *la fattoria tale* », perchè il creditore potesse comprendere e descrivere nella nota ipotecaria tutti i fondi che compongono la fattoria stessa.

« Alla terza obiezione, che sembra a prima vista più forte, si risponde con un semplice richiamo alla teoria dei duplicati. Come si può richiedere la emissione di due o più duplicati di una stessa cambiale, per evitare gli smarrimenti e le sottrazioni dolose che possono verificarsi nell'invio all'accettazione, o nella consegna al sensale incaricato di negoziare il titolo, così può richiedersi un duplicato destinato a restare in deposito nell'uffizio delle ipoteche;

---

(1) CATTANEO, *Commento al Cod. civ. it.*, sull'art. 1979, n. 3.

(2) GRENIER, *Priv. e hyp.*, I, 71; DURANTON, *Cours de droit civil*, X, 363; BOILEUX, *Sur l'art.* 2129 *du Code p.*; MERLIN, V. *Inscript. hyp.*, § 12; DALLOZ, V. *Hypoth.*, n. 202; ZACHARIAE, § 226, nota; PACIFICI-MAZZONI, *Istit.*, VI, 196.

è anzi questo un servizio dei duplicati cambiari, non per anche avvertito dagli scrittori, i quali non hanno avuto fino ad oggi la occasione di studiare la ipoteca in rapporto alla cambiale, essendo stato richiesto sempre l'atto pubblico per la costituzione ipotecaria.

« Questa, se fatta nella forma spedita e non dispendiosa, che i commercianti ricercano a preferenza, può in molti casi agevolare la emissione di titoli cambiari, e persino renderla possibile ove altrimenti non lo sarebbe, perchè quantunque un titolo di questa natura possa garantirsi in diversi modi e specialmente colla gira e con l'avallo, può essere molte volte preferita una buona ipoteca ».

229. È controverso in dottrina e in giurisprudenza se l'autenticazione e la giudiziale verificazione siano richieste nelle scritture private nell'interesse esclusivo del debitore, onde non sia iscritta ipoteca senza il di lui consenso, presentando al conservatore una scrittura falsificata od apocrifa, o se siano richieste ancora nell'interesse dei terzi. È controversia di grande importanza, perchè dal risolverla nell'uno o nell'altro senso è dato argomentare se la nullità di una ipoteca iscritta in virtù di una scrittura privata non autenticata da notaio, o non accertata giudizialmente possa essere eccepita dal debitore soltanto, o possa al contrario essere dedotta anco dai creditori ipotecari posteriori, o dai chirografari, interessati a migliorare la loro condizione nel giudizio di graduatoria.

Di fronte al disposto assoluto dell'art. 2089 Cod. civ., pel quale quando l'ipoteca deriva da atto privato non se ne può ottenere la iscrizione se la sottoscrizione non è autenticata da notaio od accertata giudizialmente, parrebbe che la controversia non potesse sorgere, per la ragione che i conservatori hanno lo stretto dovere di rifiutarsi ad iscrivere la ipoteca in virtù di una privata scrittura non accompagnata dall'una o dall'altra di queste formalità. Non di meno le Corti nostre hanno più volte avuto

occasione di decidere siffatta controversia, non già perchè si trattasse di conoscere della nullità d'ipoteche iscritte in forza di scritture private non autenticate e non accertate giudizialmente, ma bensì perchè l'autenticazione di cui era munita la scrittura privata che aveva servito di titolo per l'iscrizione, mancava degli estremi richiesti dalla legge notarile ed era per conseguenza da considerarsi come inesistente.

Sarebbe forse più opportuno tener parola di questa importante controversia laddove sarà parlato della iscrizione della ipoteca; ma desideriamo parlarne fin d'ora, perchè la sua risoluzione serve a completare il concetto della riforma praticata dal legislatore italiano con l'ammettere che la ipoteca possa essere costituita per privata scrittura. L'art. 1978 Cod. civ. è troppo strettamente collegato con l'art. 1989 dello stesso Codice, perchè si possa esaurire lo studio del primo, senza premettere qualche considerazione sulla interpretazione dell'altro.

La Corte di cassazione di Torino ebbe occasione di pronunciarsi sopra una ipoteca iscritta in virtù di una scrittura privata, la cui autenticazione si diceva nulla perchè mancante di data. A noi non importa far conoscere per quali considerazioni la Corte suprema torinese ritenne che siffatta autenticazione fosse valida, perchè doveva ritenersi eseguita contestualmente all'atto che era datato; a noi interessa soltanto di rilevare che la Corte decise essere l'autenticazione richiesta nell'interesse del debitore, non dei terzi, ed essere per conseguenza interdetto ai terzi di dedurre la nullità della iscrizione per difetto di autenticazione. « Per l'articolo 1978, disse la Corte, l'ipoteca va legalmente costituita per scrittura privata; l'autentica è richiesta dall'art. 1989, non per la costituzione della ipoteca, ma per la iscrizione, e si richiede nell'interesse di colui contro del quale va fatta la iscrizione, ed in ciò nulla hanno che vedere i terzi, pei quali sta solamente la nullità di che all'art. 1978, quando cioè fossero omissioni od inesattezze da indurre assoluta incertezza sulla persona del de-

bitore o del creditore, o sui fondi gravati, o sull'ammontare del credito. Ma quando essi, al momento della loro iscrizione, trovano già una precedente iscrizione accesa, e dalla quale son fatti certi della persona contro cui è accesa, nonchè del di lui creditore e dei fondi sui quali gravita, niun pregiudizio han risentito nè possono risentire, quando sui medesimi fondi han preso garanzia, dal fatto di una precedente iscrizione» (1).

La giurisprudenza prevalente esprime una opinione diametralmente opposta. Se per l'art. 1978 Cod. civ. la ipoteca può essere costituita per privata scrittura, è però indubitato che con ciò il legislatore intende riferirsi alla forma atta ad esprimere il consenso del costituente; ma a rendere la ipoteca operativa di effetto, la legge richiede nell'art. 1989 Cod. civ. che la privata scrittura sia autenticata od accertata giudizialmente, e questa condizione non è da ritenersi di pura forma, ma di sostanza, dal momento che è preordinata ad integrare il consenso e dargli efficacia di fronte ai terzi verso i quali è la iscrizione soltanto che riassume e rappresenta tutta la forza della ipoteca. Non basta adunque la materiale iscrizione sui registri per imporre ai terzi la osservanza della ipoteca; i terzi non hanno soltanto diritto di verificare se la iscrizione esiste, hanno interesse, e perciò diritto, d'impugnarla quando non sia conforme alla legge. Non importa che la nullità per difetto di autenticazione non sia espressamente comminata, come è comminata se la iscrizione lascia sussistere assoluta incertezza sulle indicazioni volute per la specialità della ipoteca; qui si tratta del contenuto, là della forma, ma di una forma sostanziale. Al silenzio della legge supplisce il principio in virtù del quale gli atti mancanti degli elementi che ne costituiscono la essenza possono sempre essere annullati (art. 56 Cod. proc. civ.). Esigendo l'autenticazione o l'accertamento giudiziale per la iscrizione della ipoteca costituita me-

(1) Cass. Torino, 13 giugno 1887, *Giurispr. it.*, XXXIX, I, 657. La redazione del periodico osserva in nota essere preferibile la opinione contraria, «*perchè si tratta di forma stabilita nell'interesse generale*».

diante scrittura privata, vietando al conservatore di ricevere il titolo costitutivo che non ha i requisiti voluti dagli art. 1978, 1989 Cod. civ. (art. 2069 capov. Cod. civ.), il legislatore non detta una semplice norma regolamentare, ma impone l'osservanza di una formalità sostanziale, come quella che s' identifica con il modo nel quale il consenso deve essere prestato in un atto di tanta importanza, destinato a pregiudicare ai terzi e ad alterare il principio di eguaglianza che governa ordinariamente i rapporti di più creditori di uno stesso debitore. D'altronde il conservatore delle ipoteche può ricusare l' iscrizione se l'autenticazione e l'accertamento giudiziale della privata scrittura in virtù della quale si richiede, mancano affatto; ma se materialmente esistono, benchè difettino di requisiti essenziali per la loro giuridica efficacia, egli non può farsi giudice di tale inefficacia. In tal caso spetta al debitore, ma spetta indubbiamente anche ai terzi, il dedurre la nullità della iscrizione. L'autenticazione e l'accertamento giudiziale sono formalità richieste nell' interesse del debitore, onde non vengano iscritte contro di lui delle ipoteche che egli non ha consentito; ma sono richieste anco nell' interesse dei terzi, i quali hanno diritto di contrastare la efficacia di quelle iscrizioni che pregiudicano il loro interesse e che non sono state prese con le garanzie di forma esteriore imposte dalla legge (1).

(1) Cass. Napoli, 14 aprile 1885, *Foro it.*, X, I, 403. Nello stesso senso aveva deciso precedentemente la Corte d'appello di Lucca (20 giugno 1882, *Annali di giurispr. it.*, 1882, III, 384) e la sentenza fu confermata dalla Cass. di Firenze (25 marzo 1883, *Foro it.*, VIII, I, 402): « Ove la legge, osservò la Corte suprema, dispone non potersi fare una cosa se non in una determinata forma, l' eseguirla in forma diversa equivale a non portarla ad effetto. Non può trarsi argomento in contrario dall'art. 1978 Cod. civ., il quale, a differenza di altre legislazioni, stabilisce che la scrittura privata basta per sè stessa a costituire l'ipoteca convenzionale. Se rispetto alla costituzione dell'ipoteca, che intercede tra debitore e creditore, si adottò la regola generale sancita dall'art. 1313 Cod. civ. che la prova per iscritto resulta anche da atto privato senza bisogno di altra formalità, e si reputò conforme a ragione non esigere

230. Se l'ipoteca è costituita da un mandatario, il mandato a costituirla dev'essere rivestito delle forme prescritte dall'articolo 1978 Cod. civ. L'art. 1742 dello stesso Codice, il quale pre-

---

per la costituzione contrattuale dell'ipoteca, maggiore solennità di quella che l'art. 1314 n. 1 richiede per le traslazioni di proprietà d'immobili o di altri beni o diritti capaci d'ipoteca; una maggiore garanzia di autenticità dell'atto si credette opportuna quando trattasi di rendere operativa contro i terzi la ipoteca mediante la iscrizione; a questo effetto si volle la ricognizione notarile dell'atto privato, seguendo quanto erasi disposto nell'articolo 1935 del medesimo Codice per la trascrizione dei contratti risultanti da scrittura privata, i quali, sebbene siano validi e perfetti tra le parti senz'altra formalità, non possono tuttavia essere trascritti, se le sottoscrizioni dei contraenti non sono state autenticate da notaio od accertate giudizialmente, appunto perchè trattasi di estendere ai terzi gli effetti dell'atto privato. — Restando così confermato che, secondo il generale sistema consacrato dal nostro Codice civile, l'autenticazione notarile delle scritture private è un requisito *essenziale* per renderle operative contro i terzi, poco importa che espressamente non si sanzionasse la nullità nè delle trascrizioni, nè delle iscrizioni prese in forza di scritture mancanti di tale formalità: dacchè niuno ignora che l'omissione delle forme essenziali induce il diritto di nullità degli atti, senza chè occorra una speciale sanzione di legge, in forza dei noti aforismi di diritto: « *Legislatori, quod fieri non vult, prohibuisse sufficit; quidquid contra legem fit, nullum est* ». — Erroneo è il concetto del ricorrente di non scorgere nel riferito art. 1989 se non una disposizione *regolamentare* per i conservatori delle ipoteche, i quali possono bensì rifiutarsi d'iscrivere l'ipoteca convenzionale quando risulti da scritto privato mancante di autenticazione, ma se loro piaccia d'iscriverla, non sia permesso disconoscerne la validità. Oltre che non sarebbe facile persuadersi che si volessero abbandonare all'arbitrio dei conservatori interessi sì rilevanti, il legislatore tronca in radice ogni possibile controversia, disponendo solennemente nell'art. 2069 capov. Cod. civ. che i conservatori possono ricusare di ricevere le note ed i titoli se non sono in carattere *intelligibile*, e *non possono riceverli quando non hanno i requisiti voluti* dagli art. 1935, 1978, 1989 e 1990. Lungi pertanto di lasciare in balìa dei conservatori l'iscrivere, o non, le ipoteche consentite con titoli privati non autenticati a forma dell'art. 1989, il legislatore vieta perfino di riceverli. Dopo sì chiara ed esplicita disposizione tornano inutili altre parole ».

scrive che trattandosi di ipotecare, il mandato dev'essere espresso, non lascia sussistere in proposito il menomo dubbio. Un mandato tacito non basterebbe, nè potrebbero ammettersi prove congetturali o indiziarie, benchè fondate sopra un principio di prova scritta (1).

Perchè poi possa procedersi alla iscrizione dell' ipoteca consentita dal mandatario, occorre che il mandato sia redatto per atto pubblico o per scrittura privata, autenticata dal notaio, a forma di quanto prescrive per l'atto costitutivo l'art. 1989 Cod. civ. Invero il mandato è di quest'atto parte integrante, e deve essere col medesimo presentato al conservatore, per restare a giustificazione della fatta iscrizione nell'ufficio ipotecario, sempre che non sia depositato negli atti del notaio o in un pubblico archivio; il che dimostra a sufficienza la regola da noi affermata.

È per ultimo da osservare a questo proposito, che per ciò che riguarda il mandato, la recognizione giudiziale non potrebbe praticamente tener luogo dell'autenticazione notarile, imperocchè fra mandatario e mandante non si verifica quel contrasto d' interessi che rende possibile la domanda giudiciale di recognizione nei rapporti fra creditore e debitore.

231. *Quid juris* della promessa di dare ipoteca? In Francia, ove la costituzione dell' ipoteca deve resultare da atto pubblico, si ammette generalmente che la promessa di costituirla non sia sottoposta a così rigorosa formalità: si tratta di una convenzione sottoposta alle norme del diritto comune; di una semplice obbligazione di fare, il cui adempimento può essere reclamato mediante domanda giudiziale. Soltanto vi è divergenza sul punto di decidere se, rendendosi il debitore inadempiente della contratta obbligazione, il creditore debba limitarsi a domandare il risarcimento di danni e la restituzione della somma dovuta per mancanza della

(1) Cass. Torino, 22 marzo 1887, *Giurispr. tor.*, XXIV, 366; Pacifici-Mazzoni, I, 163.

promessa garanzia (art. 1176 Cod. civ.), o possa ottenere, in virtù del giudicato, quell' ipoteca che non ha potuto ottenere per fatto volontario del debitore inadempiente (1). Essa viene generalmente decisa nel senso che il creditore possa ottenere ipoteca in virtù del giudicato; ma è manifesto che l' ipoteca non è in tal caso convenzionale ma giudiziale, ed ha per fondamento, non già il consenso del magistrato, che non può tener luogo del mancato consenso della parte, bensì l' inadempimento della obbligazione (2).

Se questi principii sono stati ammessi in Francia, ove la costituzione d' ipoteca è sottoposta alla forma solenne dell' atto pubblico, devono a maggior ragione essere accolti in Italia, dove il legislatore si appaga dell' atto scritto, pubblico o privato che sia.

La scrittura non è richiesta, per la promessa di dare ipoteca, a pena di nullità; questa promessa non rientra fra gli atti enumerati nell'art. 1314 Cod. civ., nè fra gli altri ai quali è fatta allusione nel n. 8 dello stesso articolo; essa è pertanto sottoposta alle norme comuni di diritto, e può essere stipulata anco verbalmente; soltanto, agli effetti della prova, lo stipulante che volesse esigere coattivamente l'adempimento della promessa verbale di dare ipoteca, troverebbe nell' art. 1341 Cod. civ. un limite all'ammissione della prova testimoniale, che vale per questa come per ogni altra convenzione (3).

---

(1) PONT, *op. cit.*, XI, 658; AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 266 testo e nota 54.

(2) Ciò è tanto vero che il LAURENT (*op. cit.*, XXX, 453 e seg.), esaminando la questione dal punto di vista della legge belgica, che non ammette la ipoteca giudiziale, la risolve negativamente.

(3) In questo senso la questione è risoluta dal POCHINTESTA (*op. cit.*, I, 233) e dal PACIFICI-MAZZONI (*op. cit.*, I, 163). Erra però grandemente quest'ultimo, scrittore, laddove afferma che la sentenza portante condanna a costituire l'ipoteca promessa non sarebbe produttiva d'ipoteca giudiziale. L'obbligazione nascente da questa promessa è una di quelle che, non adempiute, possono risol-

B

Contenuto dell' atto costitutivo.

SOMMARIO

232. La costituzione dell'ipoteca richiede il consenso del debitore e del creditore — 233. Il consenso del creditore può essere prestato posteriormente e argomentarsi implicitamente dalla sua accettazione — 234. Retroattività dell'accettazione posteriore del creditore — 235. Revoca del consenso del debitore. Ostacolo che incontra nella iscrizione eseguita — 236. L'atto costitutivo deve contenere la indicazione del debitore, o di colui che costituisce l' ipoteca in suo favore, e la indicazione del creditore. —237. Non è richiesta la determinazione della somma per la quale la ipoteca è costituita. — 238. Ma è necessaria la specifica designazione della obbligazione garantita. — 239. È richiesta poi la specifica designazione degli stabili ipotecati — 240. Applicazioni ed esempi — 241. Chi può proporre l' azione di nullità.

232. L'atto costitutivo della ipoteca, sia esso redatto in forma pubblica o in forma privata, deve per necessità contenere la convenzione in virtù della quale la ipoteca si costituisce; è questo il suo scopo, e la espressione «*ipoteca convenzionale*» lo dice abbastanza, senza che occorra soffermarsi a dimostrarlo; dal momento che la ipoteca non è fondata in questo caso sulla legge, come la ipoteca legale, nè sull' autorità del giudicato, come la ipoteca giudiziale, ma sulla convenzione, il consenso delle parti è requisito indispensabile per la sua stessa esistenza; non basta che il debitore costituisca l' ipoteca, occorre ancora che il creditore l'accetti,

---

versi nell'*id quod interest*, e che per conseguenza producono ipoteca giudiziale. Il PACIFICI-MAZZONI è stato tratto in errore dal LAURENT, da lui citato, senza por mente che il LAURENT esamina la questione dal punto di vista della legge belgica, la quale non ammette la ipoteca giudiziale.

e voglia profittarne; senza di ciò non si avrebbe la riunione dei consensi, che sola serve a dar vita alla convenzione.

Ma il consenso del creditore deve resultare dallo stesso atto in cui la ipoteca è consentita dal debitore, o può resultare da un atto posteriore? Occorre per il consenso del creditore un'accettazione esplicita, contenuta in un atto pubblico o in una scrittura privata, o basta la non dubbia manifestazione della volontà di accettare la ipoteca consentita in suo favore, per quanto tacita e resultante dall'intenzione di profittarne, manifestata in qualsiasi modo? E se di regola basta una tacita manifestazione di volontà per parte del creditore, può questa aver luogo efficacemente quando il debitore ha perduto la facoltà di dare ipoteca, per essere stato passivo dell'azione esecutiva?

A tutte queste domande ha risposto in modo esauriente la patria giurisprudenza, dichiarando che per la esistenza della ipoteca convenzionale occorre sì il consenso del creditore che s'incontri con quello del debitore a tale oggetto; ma che il consenso del creditore può essere anche posteriore, e può essere dato tacitamente, sia col richiedere l'iscrizione della ipoteca, sia col profittarne (1). Il solo punto che può dirsi tuttora controverso si è quello che si riferisce al decidere se il consenso espresso o tacito del creditore possa sopravvenire quando il debitore ha perduto la facoltà di consentire la ipoteca; fu deciso infatti che per quanto

---

(1) Casale, 12 febbraio, 21 febbraio 1880, *Foro it.*, V, 566, *Legge*, XX, I, 684; Cass. Torino, 24 novembre 1880, *Giurispr. it.*, XXXIII, I, 1, 146; Genova, 5 marzo 1881, *Annali di Giur. it.*, XV, II, 231; Cass. Roma, 11 gennaio 1884, *Annali di giur. it.*, XVIII, I, 1, 98; Cass. Roma, 17 gennaio 1885, *Legge*, XXV, II, 690; Cass. Roma, 7 decembre 1885, *Giurispr. it.*, 1886, I, 1, 139; Macerata, 15 settembre 1885, *Foro it.*, X, I, 1006. E da ultimo Firenze, 16 aprile 1885, *Annali di giur. it.*, 1895, III, 149, la quale non ebbe a risolvere in termini la questione, ma ritenne valida la ipoteca costituita con atto scritto dal debitore ed accettata nell'atto stesso da un mandatario del creditore, quantunque non consti del mandato scritto.

l'accettazione del creditore non debba a pena di nullità resultare dall'atto costitutivo, sia però da considerarsi come inefficace quando sia emesso posteriormente alla trascrizione del precetto (1); per noi che abbiamo ritenuto che anche dopo la trascrizione del precetto la ipoteca convenzionale possa essere validamente consentita (sopra n. 216), la questione in questi termini non ha ragione di essere, e resta soltanto a vedere se l'accettazione del creditore possa validamente sopraggiungere dopo che il debitore ha perduto la proprietà dell'immobile, per vendita volontaria o coatta, o, ancora, dopo che l'annotazione della sentenza d'ordine di vendita ha fissato irrevocabilmente la condizione dei creditori.

233. Sul primo punto, che non può dirsi ormai controverso, basteranno brevissime osservazioni.

La ipoteca convenzionale nasce, come dice la sua stessa denominazione, dalla convenzione, cioè dall'accordo del debitore nel concedere e del creditore nell'esigere, o per lo meno nell'accettare, la relativa garanzia; quindi il consenso di ambedue è indubbiamente requisito essenziale, non per la semplice validità, ma per la stessa esistenza dell'ipoteca, onde la medesima possa spiegare la sua efficacia, tanto nei rapporti delle parti fra loro, quanto di fronte ai terzi. Ma mentre la legge dispone che il consenso di chi costituisce la ipoteca sopra i suoi beni deve essere dato per atto pubblico o per scrittura privata (art. 1978 Cod. civ.), e che la sottoscrizione « *di chi l'ha acconsentita* » deve essere autenticata o accertata giudizialmente (art. 1919 Cod. civ.), niuna disposizione è data rintracciare nel patrio Codice che sia diretta ad assoggettare a determinate forme di manifestazione esterna il consenso del creditore. È chiaro pertanto che tale consenso può essere prestato an-

---

(1) Cass. Firenze, 11 aprile 1887, *Foro it.*, XII, I, 918. La Corte d'appello di Venezia aveva nel 23 luglio 1886 (*Annali di giur. it.*, XX, III, 351) deciso il contrario; ma la sua decisione fu annullata dalla Corte suprema con quella sopra ricordata. V. ancora, nel senso di quest'ultima, Torino, 8 aprile 1873, *Giurispr. tor.*, X, 444.

che posteriormente, e può argomentarsi dal fatto di avere iscritto l' ipoteca, o di avere in altro modo dimostrato l' intenzione di volerne profittare. Se così non fosse, la legge avrebbe richiesto che fosse autenticata la scrittura privata contenente la costituzione della ipoteca, non la sola sottoscrizione di chi l' ha acconsentita; la quale espressione presuppone che l' atto costitutivo non porti la sottoscrizione del creditore, e che questi possa prestare il suo consenso posteriormente, essendo assurdo il supporre che in uno stesso atto sia autenticata la sottoscrizione di una delle parti e non quella dell'altra.

Chi dà ipoteca impone un onere reale sopra i suoi beni; il creditore al quale è concessa risente o può risentire un benefizio, ma non un danno; è dunque ben naturale che la legge abbia richiesto la scrittura autentica o autenticata per provare la concessione; ma non abbia reputato necessaria la stessa forma per provare l' accettazione, potendo questa, come cosa favorevole, essere presunta (1).

---

(1) Citata sentenza della Cass. di Roma 7 dicembre 1885 (*Foro it.*, XI, I, 199), ove si cita la nota regola della L. 5, D. *De fidem instrum.* (XXII, 4): « Si res gesta sine literarum quoque consignatione, veritate factum suum praebeat, non ideo minus valebit, quod instrumentum nullum de ea intercessit ». Non è inutile riprodurre i motivi dell' altra sentenza della Cass. di Torino, 24 novembre 1880 (*Giurispr. it.*, XXXIII, I, I, 146) ove la questione è, succintamente, ma completamente trattata: « Se il concetto d' ipoteca convenzionale è inseparabile dal concetto di una convenzione e quindi dall'assenso di due volontà *in idem placitum*, non è però necessario che la manifestazione delle due volontà avvenga espressa e consensuale e per entrambe le parti col mezzo di scrittura. Anche per diritto romano la ipoteca costituivasi per nudo patto, reso poscia legittimo per l'editto del pretore, ed era quindi un contratto consensuale cui bastava a rendere legittimo il semplice consenso, in qualunque modo manifestato, senza altra formalità, talchè la scrittura allora era una prova, ma non un elemento essenziale dell'atto...—I legislatori moderni però, sul riflesso che l'ipoteca produce effetti non solo di fronte ai contraenti, ma ancora di rimpetto ai terzi che furono estranei alla sua costituzione, togliendo l' istituto delle ipo-

234. L'accettazione del creditore, in qualunque modo e in qualunque momento sopravvenga, retroagisce al momento in cui intervenne il consenso del debitore per costituire l'ipoteca; per conseguenza questa prenderebbe grado dal momento della sua iscri-

---

teche dalla oscurità in cui era involto, vi sostituirono il sistema della pubblicità per mezzo d'iscrizione nei pubblici registri, e prescrissero delle forme sostanziali alla sua costituzione, che tornano a salutare provvedimento e difesa dei terzi. Prescrissero cioè la necessità dell'atto pubblico o della scrittura privata debitamente autenticata, una forma estrinseca, insomma, che accertava meglio la volontà del costituente l'ipoteca e doveva servire di base alla relativa iscrizione.—Con tali prescrizioni però nulla venne innovato circa l'accettazione del creditore. Nessun testo di legge relativo alle ipoteche convenzionali prescrive l'intervento immediato del creditore alla stipulazione dell'atto di costituzione dell'ipoteca, o la necessità di un atto posteriore egualmente scritto. E d'altra parte il Codice riconosce la piena validità delle obbligazioni unilaterali, che non sono in sostanza che la esecuzione di precorse intelligenze, e nelle quali la legge presume, perchè *in rem utilem*, l'assenso del creditore, inquantochè, secondo l'ordine naturale delle cose, uno si confessa debitore o accorda una garanzia in quanto n'ebbe un correspettivo, onde l'obbligazione unilaterale contiene in sè presunto l'accordo e la convenzione.....». Decise il contrario la Corte d'appello di Brescia con due sentenze una del 31 gennaio 1867 (*Annali di giur. it.*, I, II, 429), l'altra del dì 11 settembre 1878 (*Mon. trib. Mil.*, 1878, 986): la prima però è resa in base alla legislazione austriaca, che aveva norme diverse, e ritenne in fatto che la ipoteca non fosse stata accettata neppure posteriormente, lo che le toglie importanza. Gli scrittori sono concordi nell'ammettere la validità dell'accettazione posteriore. PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 155; POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 229; MIRABELLI, *op. cit.*, p. 60; MELUCCI, *op. cit.*, lez. III, n. 2 e 3. Quest'ultimo scrittore giustamente distingue il contratto dall'atto; il contratto di costituzione d'ipoteca è unilaterale, perchè si obbliga il solo costituente (art. 1100 Cod. civ.); ma l'atto è bilaterale, in quanto a perfezionarlo occorre l'accordo di due volontà. Il RICCI (*Diritto civile*, X, 191) ammette che il consenso possa essere dato posteriormente, ma ritiene debba essere dato per iscritto. Per il diritto francese cons. AUBRY et RAU (*op. cit.*, § 260 testo e nota 50) che ammettono l'accettazione tacita; LAURENT (*op. cit.*, 423 seg. 442) che esige l'accettazione per atto pubblico, fondandosi sopra una errata estensione del principio proclamato dalla legge in materia di donazione (art. 932 Cod. fr. art. 1057 capov. Cod. civ.).

zione, quantunque l'accettazione del creditore fosse sopravvenuta posteriormente (1).

Per ciò che riguarda il modo, non abbiamo alcuna restrizione da arrecare al suespresso principio: il modo ordinario di accettare la ipoteca consentita dal debitore per atto al quale il creditore non è intervenuto consiste nel domandarne la iscrizione, sia personalmente, sia per mezzo di mandatario munito di mandato espresso o tacito a tale oggetto; ma possono esservene altri, egualmente attendibili, purchè costituiscano una positiva manifestazione di volontà.

Per ciò che riguarda il tempo, bisogna distinguere. L' accettazione del creditore può soppraggiungere in epoca posteriore alla costituzione dell'ipoteca, sempre che il debitore abbia conservato la proprietà dell'immobile ipotecato e la facoltà di disporne; che sa avesse perduto l'una o l'altra di queste cose, non potrebbe reputarsi operativa di effetto.

La questione fu risoluta dalla Corte di cassazione di Firenze con una importante sentenza, già citata di sopra (pag. 404 nota 1), di fronte al caso dell'accettazione sopravvenuta per parte del creditore quando i beni ipotecati dal solo debitore erano stati colpiti dalla trascrizione del precetto. Pur non accettando la soluzione per questo caso speciale, per la ragione che noi ammettiamo che la ipoteca convenzionale possa essere costituita validamente dopo la trascrizione (sopra n. 216), l' accettiamo in tesi generale per gli altri casi, nei quali è indubitato che il debitore ha perduto la proprietà, o, per lo meno, la facoltà di disporre dell' immobile ipotecato.

Vediamo prima di tutto le considerazioni della Corte suprema; vedremo poi le applicazione che possono farsene.

« Ammesso, dice la Corte, che l' atto convenzionale costitutivo della ipoteca fosse imperfetto per la mancanza di accetta-

---

(1) AUBRY et RAU, *op.* e *loc. cit.*

zione espressa o tacita dei creditori suindicati, è certo che non poteva perfezionarsi quando il debitore aveva perduto la disponibilità ed anche il dominio degl' immobili, e ciò per la regola indubitata di diritto che la convenzione imperfetta non è più suscettibile di perfezionamento, e si estingue totalmente, quando *in eum casum incidit a quo incipere non poterat*; — e ciò avviene non solo quando quegli che prestò il consenso alla convenzione l'abbia espressamente o tacitamente revocato prima dell'accettazione dell'altra parte, ma ancora quando per qualunque causa, anche coattiva, trattandosi di alienazione e obbligazione di certi beni, questi non si trovino più nella disponibilità e nel dominio di chi consentì alla convenzione, al momento in cui sopravviene l' accettazione dell'altra parte. In questo caso cessa quella parte di convenzione imperfetta per essere mancata la facoltà del concedente ed il subietto della medesima; nè la tardiva accettazione si può retrotrarre al primordio della convenzione imperfetta, imperocchè la perfezione di una convenzione ha effetto al momento del concorso delle parti contraenti, e non le si può attribuire l' effetto della purificazione di una condizione sospensiva consentita con una convenzione perfetta, nè quello della gestione utile di un affare, giacchè nessuno ne precedette, e neppure quello di una ratifica di un atto invalidamente intervenuto, non verificandosi il caso di nullità, ma d'inesistenza, ed in ogni modo non potendo la ratifica di un atto nullo pregiudicare il diritto quesito da un terzo, siccome dispone l'art. 1309 capov. 2 Cod. civ. — Da ciò si fa palese la erroneità della distinzione fatta dalla sentenza in esame fra alienazione volontaria dei beni ed espropriazione forzata eseguita dai creditori: tanto l' una quanto l'altra tolgono la disponibilità e il dominio dei beni a chi consentì la convenzione imperfetta per sottoporli ad ipoteca; e dopo ciò, l' accettazione della convenzione imperfetta si manifesta inefficace ed inutile per mancanza della facoltà da parte del concedente, e del subietto per cui la convenzione possa perfezionarsi nel momento in cui l' ac-

cettazione si dice intervenuta, cioè mediante la domanda di collo cazione in graduatoria. La pubblicità poi data all'ipoteca mediante la iscrizione, non sana il vizio del titolo, che può essere dai creditori interessati impugnato ».

Se pertanto l'accettazione del creditore sopravvenisse quando il debitore che ha consentito la ipoteca avesse perduto effettivamente la proprietà dell'immobile ipotecato, sia per vendita volontaria, sia per vendita coatta, o avesse perduto la facoltà di disporne, per essere stata annotata la sentenza d'ordine di vendita in margine alla trascrizione del precetto, noi riteniamo che non potrebbe essere operativa di effetto; la riunione dei consensi che dà vita alla convenzione si verificherebbe in un momento in cui il consenso del debitore è, pel fatto sopravvenuto, divenuto inefficace.

In conseguenza la domanda di collocazione in graduatoria, considerata come primo atto di manifestazione del consenso del creditore alla ipoteca costituita dal debitore senza il di lui intervento, è da reputarsi inefficace come tardiva, perchè il giudizio di graduazione è dichiarato aperto con la sentenza di ordine di vendita e le domande di collocazione vengono presentate quando il debitore ha cessato di essere proprietario, o per lo meno ha cessato di avere facoltà di disporre liberamente dell' immobile ipotecato.

Dobbiamo però avvertire, e ci sembra osservazione sostanziale, che generalmente l'accettazione del creditore non intervenuto all' atto con cui la ipoteca è stata consentita dal debitore si manifesta col fatto della iscrizione. Dato pure che questa non sia stata richiesta personalmente dal creditore, o da un suo mandatario espresso, certamente chi richiede la iscrizione deve, fino a prova contraria, presumersi investito del suo mandato tacito. La domanda di collocazione in graduatoria, che non potesse valere come accettazione per parte del creditore, perchè sopravvenuta *re non integra*, potrebbe valere come ratifica dell' operato di chi richiese la iscrizione nel di lui interesse.

235. Dal principio che la ipoteca convenzionale non può sus-

sistere senza la riunione dei consensi del debitore e del creditore, si argomenta che il debitore il quale ha consentito l'ipoteca senza l'intervento del creditore, può sempre revocare il consenso da lui prestato, finchè la convenzione è imperfetta per non essere ancora sopravvenuta l'accettazione del creditore; a questo riguardo però è necessario distinguere il caso in cui non sia stata peranche richiesta nè ottenuta la iscrizione, da quello in cui la ipoteca sia stata iscritta; se la iscrizione non è ancora avvenuta, la revoca del consenso prestato dal debitore non può nella pratica incontrare difficoltà; ma nel caso contrario incontrerebbe un insuperabile ostacolo nel conservatore, il quale non eseguirebbe la cancellazione senza il consenso del creditore in nome del quale la ipoteca è stata iscritta.

Ammesso pure che la iscrizione fosse stata richiesta da chi non aveva mandato espresso del creditore per richiederla, ammesso pure che sia stata richiesta dallo stesso debitore, il fatto della materiale esistenza nei registri di una iscrizione ipotecaria in nome di un determinato creditore, è di per sè solo bastante a far sì che la ipoteca non possa venire cancellata senza il di lui consenso (art. 2033 Cod. civ.) o, senza un provvedimento dell'autorità giudiziaria passato in giudicato, che tenga luogo del consenso del creditore (art. 2036 Cod. civ.).

Questa considerazione toglie alla possibilità della revoca la massima parte della sua importanza. L'iscrizione, una volta eseguita, si presume presa nell' interesse del creditore e col suo consenso; la prova contraria non può essere fornita che in seguito a domanda giudiziale proposta contro di lui, e non può sortire un effetto utile quando il creditore, convenuto per sentir dichiarare che la iscrizione fu presa senza il suo consenso, ratificando l'operato del terzo che la richiese, dichiari di volerne profittare.

236. Scendendo adesso a parlare del vero e proprio contenuto dell'atto costitutivo, diciamo in primo luogo che questo deve necessariamente contenere le indicazioni occorrenti per conoscere

il debitore e il creditore: sebbene la legge espressamente nol dica, è indubitatò che dall'atto stesso con il quale la ipoteca viene costituita deve risultare da chi, ed a favore di chi, la costituzione ha luogo.

Il Codice richiede queste indicazioni nelle note che si presentano per ottenere la iscrizione, disponendo nell'art. 1987 n. 1 che le note stesse devono contenere il nome, il cognome, il domicilio o la residenza del creditore e del debitore, e la loro professione se ne hanno, come pure il nome del padre loro; ma è indubitato che queste indicazioni devono rispondere a indicazioni consimili, contenute nel titolo costitutivo. Il conservatore non potrebbe eseguire la iscrizione, se non gli resultasse la identità della persona a cui favore l'ipoteca è consentita, nonchè di quella che ha prestato il consenso alla sua costituzione, con le persone indicate nelle note come interessate nel rapporto giuridico; e d'altra parte i terzi potrebbero insorgere contro la validità di una ipoteca, quando dal confronto del titolo costitutivo con la nota d'iscrizione, siffatta identità non resultasse chiaramente.

Per ciò che attiene al costituente, la necessità del suo intervento all'atto costitutivo della ipoteca, sia di persona, sia per mezzo di mandatario, esclude ogni dubbio in proposito; essendo per la costituzione dell'ipoteca richiesto il consenso del debitore, è manifesto che l'atto costitutivo deve contenere tutte le indicazioni occorrenti a identificare la persona da cui il consenso è prestato, anco perchè si sappia se realmente lo prestò, e se aveva capacità giuridica di prestarlo; ma anco per ciò che riguarda il creditore, il principio superiormente esposto, che il suo intervento non è necessario e che il suo consenso alla costituzione dell'ipoteca può essere prestato posteriormente per atto separato, e resultare ancora implicitamente dall'averla accettata e dal valersene tempestivamente, non elimina la necessità della inclusione nell'atto costitutivo di tutte le indicazioni che valgono a identificare la sua persona.

Non è però necessario che l'atto costitutivo contenga tutte le indicazioni volute dall'art. 1987, n. 1, Cod. civ. a pena di nullità; la omissione di alcuna di esse non produrrebbe così odioso effetto, sempre che non ne resultasse incertezza assoluta sulle persone del debitore e del creditore. Invero l'art. 1998 Cod. civ., che domina con un principio di somma equità tutta quanta la materia della specialità ipotecaria, dispone: « L'omissione o l'inesattezza di alcuna delle volute indicazioni nel titolo costitutivo dell'ipoteca o nelle due note, non producono la nullità dell'iscrizione fuorchè nel caso in cui inducano assoluta incertezza sulla persona del creditore o del debitore, o su quella del possessore del fondo gravato, quando ne è necessaria l'indicazione, o sulla identità dei singoli beni gravati, o sull'importare del credito. In caso d'altre omissioni o inesattezze, se ne può ordinare la rettificazione ad istanza e a spese della parte interessata ».

Nel capitolo destinato alle formalità ipotecarie avremo frequente occasione di trattenerci sugli importanti effetti di questa disposizione, e sulle applicazioni pratiche che ne ha fatto la patria giurisprudenza. A questo punto del nostro studio, in cui dobbiamo limitarci a specificare il contenuto dell'atto costitutivo, il semplice richiamo della disposizione stessa serve a dimostrare che la omissione o l'inesattezza di alcuna delle indicazioni volute, quanto alle persone del debitore o del creditore, non porterebbe nullità, semprechè non ne resultasse quella incertezza assoluta sulla identità personale, che il legislatore ha voluto tassativamente esclusa. Se quindi mancassero nell'atto costitutivo la paternità o il domicilio di una delle parti, o fossero erroneamente indicati, o se mancasse il prenome, ma l'identificazione personale delle parti fosse egualmente possibile, ed ogni incertezza in proposito fosse esclusa, non si potrebbe pronunciare la nullità della ipoteca; la indicazione di una professione, o di un titolo gentilizio, può supplire alla mancanza o alla inesattezza di altre.

Si tratta del resto di una materia di mero fatto, nella qua-

le l' apprezzamento dei giudici di merito è necessariamente sovrano; il giudizio da emettersi caso per caso, non può non essere ispirato alle particolare circostanze, e ben di rado avviene che una decisione di specie possa assurgere alla dignità di regola generale.

237. Parrebbe che in secondo luogo il titolo costitutivo della ipoteca dovesse contenere a pena di nullità la precisa indicazione della somma per la quale l' ipoteca è costituita; dal momento che per l'art. 1965 Cod. civ. questo diritto non ha effetto e non può sussistere che per somma determinata in danaro, la indicazione di questa somma nell'atto costitutivo sembrerebbe condizione *sine qua non*, non soltanto per la validità, ma bensì per la stessa esistenza del diritto medesimo.

Il Codice francese proclama appunto questo principio, dichiarando nell'art. 2132 che l' ipoteca convenzionale non è valida se non in quanto la somma per cui fu convenuta sia certa e determinata nell' atto (1); ma il legislatore nostro ha in questa parte derogato, per ciò che attiene all'atto costitutivo, al principio della specialità, ammettendo che la determinazione della somma possa farsi dal creditore nella nota per l' iscrizione, quando non sia stata fatta nell' atto costitutivo o dichiarativo del credito, o nell' atto posteriore con il quale sia stata consentita l' ipoteca a garanzia del credito riconosciuto anteriormente: « L' iscrizione dell' ipoteca, dispone infatti l' art. 1992 Cod. civ., non può farsi che per una somma di danaro a tale effetto determinata nell' atto costitutivo o dichiarativo del credito, o in un atto posteriore. La determinazione della somma, se non è fatta nel titolo costitutivo o dichiarativo del credito, nè con atto posteriore, può farsi dal creditore medesimo nella nota per la iscrizione ».

Il principio vale specialmente per le ipoteche giudiziali, alla iscrizione delle quali non è richiesto il preventivo assenso del de-

(1) Dispongono nello stesso senso le leggi civili napoletane art. 2018, il Cod. albertino art. 2173. La disposizione non è riprodotta nei Codici parmense ed estense, nel Regolamento pontificio e nella legge ipotecaria toscana.

bitore, e per quelle fra le ipoteche legali riguardo alle quali la determinazione preventiva della somma non è tassativamente richiesta dalla legge e non può esser fatta, altrimenti che in modo approssimativo, da chi richiede la iscrizione (1); ma si applica nella generalità sua anco all' ipoteca convenzionale, in quanto il legislatore presume che il debitore il quale, consentendo la ipoteca per sicurezza di una sua obbligazione, non determina la somma per la quale l' ipoteca deve essere iscritta, conferisce al creditore il mandato di determinarla nella nota da presentarsi al conservatore.

La sola speciale conseguenza che deriva dalla omissione della determinazione della somma nell' atto costitutivo consiste in ciò, che il debitore ha diritto di domandare la riduzione dell' ipoteca quando il creditore, abusando della fiducia accordatagli, la iscrivesse per somma esuberante al bisogno (art. 2024 Cod. civ.). Il legislatore dispone a questo proposito che la domanda di riduzione quanto alla somma non è ammessa, quando questa è stata determinata per convenzione (art. 2025 Cod. civ.), confermando così che può essere utilmente proposta dal debitore che non abbia prestato il suo consenso a tale determinazione.

---

(1) In tutte le altre ipoteche legali la determinazione preventiva della somma è resa necessaria dal modo in cui sorgono per disposto di legge; in vero nella ipoteca dell'alienante e in quella del condividente, è lo stesso atto di alienazione o di divisione che per necessità contiene la indicazione della somma alla quale ammontano il prezzo o il conguaglio che la ipoteca deve garantire (art. 1969, n. 1 e 2 Cod. civ.); nella ipoteca legale dei minori e degl'interdetti è il consiglio di famiglia che determina la somma per la quale l'ipoteca deve essere iscritta (art. 1969 n. 3, 292 Cod. civ.); non restano che la ipoteca legale della moglie, nella quale la determinazione della somma può essere fatta al momento della iscrizione, specialmente per le somme dotali provenienti da donazione o successione (art. 1869 n. 4 capov. ultimo Cod. civ) e la ipoteca legale dello Stato per le spese di giustizia in materia penale, che viene iscritta per la necessità delle cose in una somma approssimativa determinata dall'iscrivente (art. 1969 n. 5 Cod. civ.).

Del resto anco il Codice francese, dichiarando non valida l' ipoteca convenzionale quando la somma per cui fu convenuta non è certa e determinata nell' atto, ammetteva poi nel citato art. 2132 che la determinazione della somma potesse essere fatta dal creditore, riservando al debitore l'azione per la riduzione, se il credito risultante dall'obbligazione era condizionale relativamente alla sua esistenza o indeterminato pel suo valore (1); la quale eccezione, se non era pienamente giustificata nel primo caso, lo era indubbiamente nel secondo, perchè il disaccordo delle parti nel valutare la entità possibile di una obbligazione certa *ab initio* nella sua esistenza, per quanto incerta nel suo ammontare, non era ragione bastante per impedirne l'assicurazione mediante garanzia ipotecaria, una volta che il debitore aveva genericamente consentito di accordare al creditore siffatta garanzia.

È specialmente per riguardo a questo secondo caso che il legislatore italiano ha adottato il sistema più semplice di non richiedere, a pena di nullità, la determinazione della somma nell'atto costitutivo. Se la ipoteca è destinata a garantire un'obbligazione di somma certa, la determinazione della somma, per la quale l' ipoteca è consentita, è data dalla somma dell'obbligazione garantita, che vi corrisponde; se poi si tratta di obbligazione puramente eventuale, o di obbligazione di fare o di non fare, garantita ipotecariamente, il creditore ha facoltà di determinare egli stesso la somma che può essergli dovuta verificandosi l'eventualità contemplata o l' inadempimento dell' obbligazione, salvo al debitore il diritto di domandare la riduzione quando la somma iscritta resulti eccessiva.

Il sistema seguito dal legislatore italiano non è meritevole di censura, perchè non offende il principio della specialità: que-

(1) La legge belgica è più rigorosa, perchè esige che la determinazione della somma sia sempre fatta nell'atto costitutivo della ipoteca a pena di nullità, senza fare eccezione per il caso del credito indeterminato nel suo ammontare (Laurent, *op. cit.*, XXX, 526).

sto principio si traduce in atto con la iscrizione, ed i terzi sono da questa posti in grado di conoscere con precisione la somma per la quale l'ipoteca è stata iscritta; ove la determinazione non sia stata fatta col consenso del debitore, e la somma apparisca esuberante, un creditore posteriore potrebbe domandarne la riduzione, esercitando l'azione surrogatoria concessa dall'art. 1234 Cod. civ.; e potrebbe poi, nel giudizio di graduazione, opporsi alla collocazione del creditore anteriormente iscritto, per quella parte della somma che eccede l'ammontare effettivo del suo credito, quale resulta dal titolo costitutivo o dichiarativo del medesimo. È infatti evidente che l'iscrizione per somma eccedente l'ammontare del credito, quantunque consentita dal debitore, non può produrre alcun effetto utile; tanto meno puo produrlo se è opera del solo creditore.

238. Ma se la legge non richiede a pena di nullità che nell'atto costitutivo della ipoteca sia enunciata la somma di danaro per la quale l'ipoteca deve essere iscritta, la stessa natura delle cose esige una chiara e specifica enunciazione dell'obbligazione che l'ipoteca è destinata a garantire.

È questa una seconda condizione indispensabile, non già per la semplice validità dell'ipoteca, ma per la sua stessa esistenza; invero l'ipoteca è, come si è visto, un diritto accessorio, che in tanto sussiste in quanto sussiste il credito, cioè il diritto principale all'assicurazione del quale è preordinata. Ciò posto, perchè si abbia costituzione d'ipoteca, non basta che il credito sussista; occorre che esso sia specificato chiaramente nell'atto costitutivo; può in esso omettersi la determinazione del suo preciso ammontare, rilasciando al creditore la cura di determinarlo nella iscrizione, ma non può del pari omettersi di indicare in che consista, avendo indubbiamente lo stesso debitore ed i terzi interessati il diritto di constatare la perfetta corrispondenza del credito garantito con quello del quale viene poi reclamato il pagamento nel giudizio di graduazione.

Deriva da questa indiscutibile premessa che la determinazione della somma, della quale è parola nel numero precedente, può essere fatta dal creditore nel solo caso in cui l'atto costitutivo della ipoteca è destinato ad assicurare quelle obbligazioni che non hanno per immediato oggetto una somma di danaro; se la obbligazione è di somma di danaro, la specificazione dell' obbligazione garantita serve a precisare l' ammontare, e con ciò viene ad essere determinata anco la somma per la quale l'ipoteca è consentita dal debitore (1). Soltanto nelle obbligazioni che non hanno per immediato oggetto una somma di danaro, consistano esse nel dare, nel fare o nell'omettere, la determinazione della somma da iscriversi può essere fatta dal creditore, ove non sia contenuta nell'atto costitutivo, in questo senso, che il creditore, prendendo la iscrizione, ha facoltà di calcolare nel suo prudente arbitrio a quanto può ascendere il risarcimento dei danni a lui dovuto, posto che la obbligazione non venga adempiuta; ma la chiara indicazione della obbligazione garantita, e del suo preciso oggetto, è anco qui requisito essenziale per la esistenza della ipoteca, non potendo ammettersi garanzia ipotecaria di una obbligazione di cui non sia dato di constatare la identità con quella di cui è nel giudizio di graduazione reclamato l'equivalente.

Abbiamo voluto dare qui un cenno generico di questo secondo requisito essenziale dell'atto costitutivo dell'ipoteca, che consiste nella precisa indicazione dell'obbligazione garantita, per la evidente necessità che tale indicazione, per quanto espressamente non richiesta, sia contenuta nell'atto costitutivo; ma una particolareggiata trattazione di questo argomento, dal punto di vista di determinare quali obbligazioni possono essere garantite ipotecariamente sarà da noi esposta nel paragrafo seguente.

---

(1) È evidente che non varrebbe la costituzione d'ipoteca a garanzia della cambiale, o del debito in genere, senza indicazione del respettivo ammontare. Mancherebbe infatti ai terzi il modo di verificare se il credito reclamato nel giudizio di graduazione è in realtà quello garantito con ipoteca.

239. In terzo ed ultimo luogo l' atto costitutivo deve contenere la precisa indicazione dei beni sui quali il debitore consente che la ipoteca sia iscritta; quì non è ammesso che la determinazione sia fatta dal creditore; si tratta d'imprimere sui beni immobili del debitore un diritto reale, operativo di effetto di fronte ai terzi, ed è indispensabile il di lui espresso consenso; la costituzione della ipoteca su tutti i beni del debitore, non sarebbe operativa di effetto, per quanto il creditore specificasse poi nella iscrizione quali sono questi beni; tale specificazione servirebbe alla esteriore specialità della ipoteca, ma la legge di questa specialità esteriore non si accontenta; essa richiede che la specialità provenga dallo stesso debitore e sia una diretta emanazione della sua volontà; la realità del diritto ne rende indispensabile, a tale riguardo, una esplicita manifestazione.

Per questo l'art. 1979 Cod. civ. dispone: « Nell' atto costitutivo dell'ipoteca l' immobile da sottoporvisi deve essere specificatamente designato, colla indicazione della sua natura, del comune in cui si trova, del numero del catasto o delle mappe censuarie dove esistono, e di tre almeno dei suoi confini ». Occorre anzitutto la designazione della *natura* dell' immobile sul quale la ipoteca si vuole impressa, se cioè è una casa od un fondo rustico, se è un terreno lavorativo vitato, un bosco, un prato e così via; occorre in secondo luogo che sia indicato il *comune* in cui l'immobile si trova, lo che è assolutamente indispensabile per la sua identificazione; occorre in terzo luogo il *numero* del catasto o delle mappe censuarie, che sta a rappresentare l' immobile stesso sui pubblici registri, e dà il modo di conoscerne la precisa situazione; occorre per ultimo la specificazione di *tre almeno dei suoi confini*, la quale è di sommo aiuto quando l' immobile ipotecato voglia rintracciarsi nella località (1).

---

(1) Il codice francese si limitava a disporre che dovesse essere specialmente dichiarata « *la natura e la situazione* » degl' immobili da ipotecarsi

Il legislatore italiano volendo facilitare la specializzazione delle ipoteche che facilita il credito e rende spedite le collocazioni in graduatoria, si è mostrato assai più rigoroso di quello che non fossero i legislatori precedenti; così, mentre il legislatore sardo richiedeva la indicazione del numero del catasto, *ovvero* di due almeno dei confini dello stabile ipotecato, il legislatore italiano ha richiesto l'una cosa e l'altra (1).

Però la disposizione dell' art. 1979 Cod. civ. è temperata in quello che potrebbe avere di eccessivo dal già ricordato principio dell'art. 1998 dello stesso codice, per il quale la omissione o la inesattezza di alcuna delle volute indicazioni nel titolo costitutivo della ipoteca non producono la nullità, fuorchè nel caso in cui inducano assoluta incertezza sulla identità dei singoli beni gravati (2).

(art. 2129). Nello stesso senso disponevano le leggi civ. napolit. art. 2015. La legge toscana voleva espressa « *la qualità e la situazione dello stabile obbligato* » (art. LXXXII). Il codice albertino incominciò a richiedere, oltre la natura e la situazione, anco « *la indicazione della regione e del catasto, ovvero di due almeno delle coerenze dello stabile* » (art. 2189); il Regolam. pontificio richiedeva la natura e la situazione « *con due confini almeno* » (art. 126); i codici parmense (art. 2193) ed estense (art. 2191) richiedevano « *la qualità, la situazione e due confini almeno* », però per la iscrizione della ipoteca, quando questa era speciale, non per la costituzione; per la costituzione si limitavano a disporre che l'ipoteca poteva essere convenuta, o generale sopra tutti quanti i beni presenti e futuri, o speciale sopra tutti i beni presenti, nominatamente indicati, ovvero sopra uno o più stabili determinati (art. 2183 di ambedue i codici citati).

(1) Alcuni commentatori tentarono d'interpretare la disposizione dell'art. 1979 Cod. civ. come corrispondente a quella dell'art. 2189 Cod. albert. dicendo che la espressione « *e di tre almeno dei suoi confini* » dovesse intendersi « *o di tre almeno* ecc. »; ma ciò è affatto arbitrario, come dimostrano POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 236 e PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 167.

(2) La disposizione dell'art. 1998 Cod. civ. è generale e riguarda, non soltanto l'atto costitutivo, ma ancora le note che si presentano per ottenere la iscrizione; non soltanto le omissioni e le inesattezze incorse nella descrizione dei beni ipotecati, ma anco quelle incorse nella indicazione della persona del debitore o del creditore, o del possessore del fondo gravato, quando è

Se pertanto mancano alcune delle indicazioni volute dalla legge, o sono inesatte, e la mancanza o la inesattezza sono rilevate da chi ha interesse di far dichiarare la nullità dell'ipoteca, la ricerca che deve instaurare il magistrato chiamato a risolvere la controversia, è tutta di fatto, e può formularsi così: la mancanza o la inesattezza inducono assoluta incertezza sulla identità dei beni gravati? vi è nullità: non inducono questa incertezza assoluta? la nullità rimane esclusa dalla benigna disposizione dell'art. 1998 Cod. civ.

Esamineremo a suo luogo la disposizione dell'art. 1998 Cod. civ. la quale si riferisce, non soltanto all'atto costitutivo della ipoteca, ma ancora alla sua iscrizione (1); qui dobbiamo limitarci a brevissime osservazioni.

240. L'art. 1979 Cod. civ. richiede per la regolarità del titolo costitutivo della ipoteca tutte quante le indicazioni che di sopra sono state enumerate; l'art. 1998 dello stesso codice dispone che la mancanza o la inesattezza di alcuna delle volute indicazioni non producono la nullità, fuorchè nel caso in cui inducano assoluta incertezza sulla identità dei singoli beni gravati; mancando adunque, o essendo inesatta, alcuna delle volute indicazioni, il titolo costitutivo è irregolare, ma la irregolarità non è di per sè stessa causa di nullità; perchè produca così grave effetto, spesso irreparabile, occorre che induca quella che il legislatore, con formula incisiva, chiama incertezza assoluta sulla identità dei beni gravati, la quale non può aversi se non quando l'esame del titolo e delle note non dà modo di sapere quali veramente sono i beni che il debitore ha voluto ipotecare, ed il confronto del primo con le seconde non è sufficiente a stabilire che i beni sui quali l'ipo-

richiesta, o della somma garantita; ma di tutto ciò sarà parlato a suo tempo nel capitolo destinato alle « *Formalità ipotecarie* ».

(1) L'art. 1998 Cod. civ. si riferisce, oltre che all'art. 1979, all'art. 1987 n. 7 Cod. civ. per il quale le note che si presentano per ottenere la iscrizione devono contenere « *la natura e la situazione dei beni gravati colle indicazioni volute dall'art.* 1979 ».

teca è stata iscritta sono veramente quelli sui quali è stata consentita.

La materia è, come ben si comprende, tutta di fatto, e non consente per ciò che siano formulate regole precise, atte a risolvere tutti i casi particolari che possono presentarsi.

Una sola può formularsene ed è la seguente. La legge parla di mancanza o d'inesattezza « *d'alcuna delle volute indicazioni* »; se tutte quante mancassero, o tutte quante fossero inesatte, il magistrato non potrebbe salvare l'ipoteca dalla nullità.

Deriva da ciò che sarebbe nulla l'ipoteca costituita genericamente su tutti i beni del debitore, o anche su tutti i beni di proprietà del debitore situati in un determinato comune. Quando ancora nelle note d'iscrizione questi beni fossero stati minutamente descritti, non sarebbe evitata la nullità; perchè la legge richiede la designazione dei beni nel titolo e nelle note insieme; per modo che la dichiarazione contenuta nelle note non vale a sanare la nullità derivante dall'essere mancante nel titolo, come la designazione contenuta nel titolo non sanerebbe la mancanza nelle note. Fra queste e quello deve esservi perfetta corrispondenza e deve essere sempre possibile la immediata e diretta constatazione della identità dei beni vincolati dal debitore con quelli sui quali la ipoteca è stata iscritta. Il legislatore non vuole che questa identità possa essere dimostrata col sussidio di prove esteriori; vuole invece che resulti dallo stesso confronto della nota col titolo, e che la prova ne sia per conseguenza precostituita in virtù degli atti che hanno servito alla iscrizione (1).

---

(1) Ricci, *Diritto civile*, X, 195. Fece corretta applicazione del principio esposto nel testo la Corte d' appello di Lucca nella sentenza del 1 febbraio 1876 (*Foro ital.*, I, I, 2351), dichiarando nulla radicalmente la ipoteca costituita dal debitore su tutti i suoi beni senza alcuna delle indicazioni volute dall'art. 1979 Cod. Civ.: « Una costituzione d'ipoteca fatta in tal guisa è radicalmente nulla, perchè manca della specialità, requisito essenziale delle ipoteche convenzionali per l'odierno sistema ipotecario. Nè ad escludere una tale

Per ciò che attiene alla ipoteca consentita genericamente su tutti i beni del debitore, la nullità è così manifesta che non ha bisogno di essere dimostrata; ma noi crediamo che la soluzione non possa essere diversa per la ipoteca consentita su tutti i beni che il debitore possiede in un determinato comune; la legge vuole la specifica designazione dell' immobile da sottoporsi all' ipoteca; qui non vi ha nessuna specifica designazione; vi ha soltanto una designazione generica che contradice tanto alla lettera, quanto allo spirito della legge.

La patria giurisprudenza tentò di sottrarsi alla severità della dottrina suesposta, distinguendo il titolo costitutivo della ipoteca dalla sua iscrizione; si disse che il principio della pubblicità, di cui la specialità non è che una logica estensione, riguarda i rapporti del creditore coi terzi, non i suoi rapporti col debitore, e che per conseguenza non è tanto applicabile al titolo da cui deriva la ipoteca, quanto all'atto con cui è resa pubblica (1); ma è evidente che chi è chiamato a interpretare la legge non può distinguere dove la legge non distingue; la legge parla insieme di omissione e d' inesattezza nel titolo costitutivo e nelle note;

---

nullità gioverebbe ricorrere al disposto dell'art. 1998 dello stesso codice, poichè cotesto testo di legge non è evidentemente applicabile al caso in esame, nel quale non si può far quistione d' incertezza assoluta o relativa nella identità dei singoli beni gravati, perchè vi manca del tutto qualunque indicazione dei beni stessi, ed il difetto non si limita ad una o ad un'altra delle particolarità designate nel precedente art. 1979 ».

(1) Cass. Firenze, 27 luglio 1876, *Annali di giur. ital.*, X, I, I, 434. Con questa sentenza fu cassata quella proferita dalla Corte di Lucca citata alla nota precedente. La Corte d' appello di Firenze in sede di rinvio (6 luglio 1887, *Annali cit.*, XI, II, 209) si uniformò al giudicato della Corte Suprema, senza però avere occasione di riprendere in esame il punto di cui si disputa. La decisione della Corte suprema è largamente criticata da PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 167 e da RICCI, *op. cit.*, X, 195. Ci asteniamo per ciò dal riportarne e confutarne i motivi.

non si può dire che si riferisce a queste, e non a quello, laddove commina la nullità.

Può avvenire, ed in pratica avviene spesso, che nel compilare le note da presentarsi al conservatore per ottenere la iscrizione della ipoteca, si completi con tutte le indicazioni volute dalla legge la descrizione più sommaria e meno perfetta contenuta nell'atto costitutivo (1); ma è però necessario che anco questa descrizione contenga, se non tutte, alcuna delle indicazioni volute dalla legge; è sommamente facile enunciare la natura dei beni e chi costituisce la ipoteca non può ignorarla; data la indicazione di questa, data la designazione della loro situazione, se mancheranno nel titolo costitutivo i numeri catastali, od i confini, o ancora gli uni e gli altri insieme, potrà supplirsi con la nota d'iscrizione, perchè si avrà egualmente una designazione specifica sufficiente all'identificazione dei beni stessi; ma la designazione generica « *tutti i beni situati nel tale comune* », od altra simile, non risponderebbero al voto della legge.

Anco il riferimento a iscrizioni precedenti, o ad un contratto di acquisto che il costituente avesse posto in essere, non sarebbe sufficiente ad escludere la nullità, perchè la legge vuole che la specifica designazione sia contenuta nell'atto costitutivo (2).

---

(1) Spesso accade che una ipoteca è richiesta e concessa senza che vi sia il tempo di procurarsi le corrispondenze catastali, o di conoscere i confini dei singoli beni ipetecati ; ma non può concepirsi il caso che chi consente la ipoteca sopra i suoi beni non sappia se sono fondi rustici od urbani, qual'è il comune, quale la località ove sono situati. Una descrizione specifica, sia pur concisa, occorre sempre, onde non manchino *tutte* le indicazioni volute dalla legge, dal momento che la mancanza di *alcune* non produce nullità se non è causa di incertezza assoluta.

(2) Torino, 10 aprile 1871, *Giurispr. tor.*, VIII, 370. Meritano di essere lette attentamente le pagine che il LAURENT (*op. cit.*, XXX, 502 e seg.) consacra alla interpretazione del codice francese e della legge ipotecaria belgica per ciò che attiene alla specifica designazione dei beni nell' atto costitutivo: « Chaque immeuble hypothèqué, dice egli, doit etre desigué séparément, par

Se la semplice designazione di una proprietà comprendente diversi corpi di beni, con la sua natura e la sua denominazione, possa essere sufficiente, è questione di fatto che non può risolversi con criteri assoluti. Accennammo di sopra che potrebbe bastare, se si dicesse nell'atto costitutivo che il debitore assoggetta ad ipoteca la tale fattoria, o il tal podere, situati in un dato comune, per aggiungere poi nella iscrizione le altre indicazioni volute dalla legge. Ma omettendosi nel titolo costitutivo tutte le altre indicazioni, il confronto del medesimo con le note non offrirebbe ai terzi alcuna norma sicura per conoscere quali siano i singoli beni gravati, nel caso in cui, dopo la stipulazione dell'atto, fosse stato alienato od altrimenti separato dal medesimo qualche fondo già compreso nel tenimento ipotecato, ovvero vi fosse stato aggregato qualche fondo acquistato posteriormente (1).

---

la nature de son exploitation et par sa situation. Toute autre désignation est insuffisante et entraîne la nullité de l'hypothèque ». Ricorda inoltre questo scrittore come sia invalso fra i notari francesi il pessimo uso d'indicare ogni sorta di beni; « *maisons, bâtiments, cours, jardins, terres et vignes qui lui appartiennent dans telle commune* »; l'enumerazione talvolta è fatta a caso, cosicchè resulta dall'atto che il debitore ha costituita ipoteca sopra certe specie di beni che non si trovano nel suo patrimonio: « La formule, dice il LAURENT (*loc. cit.*, 506), c'est-à dire le notaire, a l'air de se soumettre à la spécialité minutieuse que la loi exige, et, au fond, elle s'en rit, et la réduit à une simagrée puérile. Troplong en conclut que l'énumération est inutile; nous en concluons qu'elle est insuffisante, et que si les notaires respectaient la loi, ils indiqueraient nominativement chacun des immeubles hypothéqués, en le spécialisant d'après sa nature et sa situation; ce qui ne leur permettrait pas de se rire de la loi ».

(1) POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 238. V. però AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 266 testo e nota 59. I dotti annotatori di ZACHARIAE osservano che « l'exploitation convenue à laquelle sont soumis tant les immeubles composant un domaine, en forme comme un seul fonde (*universitas facti*) qui est suffisamment désigné par sa situation et le nom sous lequel il est connu ». Giova notare che il codice francese, è, come si è avvertito, assai meno esigente del nostro a questo proposito. Ciò spiega, fino ad un certo punto, la soluzione data alla questione

241. Chi può proporre la nullità derivante dal difetto delle indicazioni volute nell' atto costitutivo? Che possano proporla i terzi, che avendo una ipoteca posteriore di grado, o essendo semplici creditori chirografari, hanno un evidente interesse a far cadere una ipoteca che sottrae loro una parte della garanzia alla quale hanno diritto per il principio generale dell' art. 1949 del Codice civile, è universalmente ammesso e non ha bisogno di essere dimostrato. L'azione del terzo non è subordinata che alla condizione generale alla quale sono subordinate tutte quante le azioni che si vogliono proporre in giudizio, alla condizione cioè di avervi interesse (art. 36 Cod. proc. civ.). Se pertanto un creditore, dato il valore, ormai realizzato, dei beni del debitore; fosse sicuro di conseguire integrale pagamento del suo credito nel giudizio di graduazione, non sarebbe ammesso a contrastare la validità di una ipoteca per difetto di specialità, o per altro vizio consimile; la domanda che egli proponesse in questo senso non sarebbe ammissibile, perchè l'azione è riservata ai soli creditori perdenti.

Noi riteniamo però che la domanda non possa essere proposta se non in sede di graduazione, quando il prezzo dei beni ipotecati è convertito in danaro; è allora che può prevedersi quali creditori avranno pagamento e quali no; è allora soltanto che sorge l'interesse a contrastare la validità di una ipoteca e la prelazione che ne deriverebbe. Un' azione separata del creditore, prima che fosse esercitata l'azione ipotecaria, e si fosse fatto luogo, in virtù di essa, al giudizio di graduazione, non sarebbe a parer nostro ammissibile, come quella che darebbe luogo a un giudizio di iattanza non consentito dalle leggi vigenti.

La questione se la nullità possa essere dedotta dal debitore è controversa. Coloro che distinguono fra nullità e inesistenza, dicono che il debitore può impugnare la validità della ipoteca ove

---

dai citati scrittori. Il LAURENT (*op. cit.*, XXX, 508), combatte la loro opinione con il consueto acume.

l'atto costitutivo manchi di un requisito essenziale per la sua stessa esistenza, che non può impugnarlo ove si tratti di semplice nullità relativa (1). La distinzione, per quanto giusta in astratto, non ci sembra in concreto produttiva di effetto: una ipoteca consentita genericamente su beni non sufficientemente specificati, difetta di un requisito essenziale per la sua validità, poichè la nullità è espressamente comminata dalla legge, ma non di un requisito per la sua esistenza; quale interesse avrebbe del resto il debitore ad impugnarla dopo averla liberamente consentita? La dichiarata nullità della ipoteca lascerebbe sussistere il credito, e per conseguenza l'azione del creditore; il debitore non sarebbe tenuto ipotecariamente, ma sarebbe tenuto personalmente con tutti i suoi beni, e per conseguenza anche con i beni nullamente ipotecati. Egli non ha pertanto interesse a proporre la nullità (2).

Resterebbe da parlare del terzo possessore dell'immobile ipotecato, il quale per l'art. 2015 Cod. civ. è ammesso, sotto certe condizioni, ad opporre le eccezioni che non fossero state opposte dal debitore, purchè non siano meramente personali al medesimo. Riservandoci di esaminare la situazione giuridica del terzo possessore nella parte destinata agli effetti della ipoteca, ci limitiamo qui ad accennare che il terzo possessore, non essendo obbligato personalmente al pagamento del debito, ha un evidente interesse

---

(1) Confr. su ciò LAURENT, *op. cit.* 511 e seg. — AUBRY et RAU (*op. cit.* § 266 testo e nota 63) enunciano in modo troppo reciso ed assoluto la opinione, che la nullità può essere dedotta dal debitore e dai suoi eredi.

(2) La soluzione da noi data alla quistione proposta ci dispensa dall'esaminare la questione connessa, consistente nel decidere se, annullata la ipoteca sulle istanze del debitore, il creditore sia nel diritto di ottenere l'immediato pagamento del suo credito o una nuova garanzia: su tale questione può consultarsi LAURENT, *op. cit.*, XXX, 513: quanto alla decadenza dal benefizio del termine risponde l'art. 1176 Cod. civ.; quanto alla nuova garanzia, la soluzione affermativa trova ostacolo nell'art. 1980 Cod. civ. che contempla un caso diverso.

a dedurre la nullità della iscrizione ipotecaria gravante i beni da lui acquistati. La sua qualità di avente causa del debitore non è di ostacolo a tale deduzione, perchè l'acquisto a titolo particolare non ha avuto per effetto di farlo sottentrare nelle obbligazioni del suo autore, ed egli è tenuto soltanto in ragione del vincolo reale impresso sopra i suoi beni; se il titolo costitutivo di questo vincolo è viziato di nullità, se le indicazioni in esso contenute non rispondono al voto della legge, se il confronto di questo titolo con l'iscrizione ipotecaria lascia sussistere una incertezza assoluta sulla identità dei beni gravati, la deduzione della nullità non può essergli negata; egli può anzi proporla in via di azione principale, senza aspettare che l'azione ipotecaria sia esercitata dal creditore, senza che faccia d'uopo attendere l' apertura del giudizio di graduazione; il suo interesse a liberare i beni da lui posseduti dalle ipoteche che li gravano, è manifestamente legittimo ed attuale; il modo ordinario di liberarli è il giudizio di purgazione da istituirsi a norma dell'art. 2040 e seg. Cod. civ.; ma questo giudizio presuppone la esistenza d'ipoteche valide, per le quali l'immobile sia effettivamente vincolato al pagamento dei crediti con esse garantiti; se l'ipoteca è viziata di nullità per una delle cause accennate nell'art. 1998 Cod. civ., il terzo possessore, anzichè procedere nel modo ordinario, istituendo il giudizio di purgazione, ha indubbiamente diritto di chiamare in giudizio il creditore per sentir dichiarare la nullità della ipoteca mancante dei necessari requisiti e per sentirne ordinare la cancellazione, senza pregiudizio dell'azione personale contro il debitore.

§ 4.

Obbligazioni garantite.

SOMMARIO

242. Premessa — 243. Quali obbligazioni possono essere garantite ipotecariamente — 244. Carattere speciale delle ipoteche costituite per sicurezza di una obbligazione che può risolversi nel risarcimento dei danni — 245. Il principio della specialità dell'ipoteca quanto all'obbligazione garantita ipotecariamente — 246. Determinazione della somma — 247. Validità delle ipoteche costituite per garanzia di debiti futuri — 248. Esempi tratti dalla giurisprudenza — 249. Conclusione da adottarsi in proposito — 250. Sue pratiche conseguenze.

242. Nel precedente paragrafo ci siamo limitati ad accennare che fra i requisiti essenziali dell'atto costitutivo è indubbiamente da annoverarsi la specificazione della obbligazione garantita, se non nel suo preciso ammontare ridotto ad una somma di danaro, almeno nel suo oggetto (sopra n. 238). L'atto costitutivo deve infatti presentare indicazioni bastanti perchè qualunque interessato possa constatare la identità del credito reclamato nel giudizio di graduazione con quello garantito originariamente. Estinto il credito assicurato con garanzia ipotecaria, è estinta anco l'ipoteca che ne è l'accessorio; il creditore non potrebbe pretendere di farla rivivere per ottenere collocazione di un credito diverso, anteriore o posteriore che sia; ed i terzi sarebbero ammessi a provare con ogni mezzo, non escluse la prova testimoniale e le presunzioni, che il creditore soddisfatto e il debitore hanno posto in essere un accordo fraudolento per surrogare credito a credito in pregiudizio dei loro diritti.

Accennando a questo lato dell'importante argomento del contenuto dell'atto costitutivo, ci riservammo di svolgerlo per determinare quali obbligazioni possono essere garantite ipotecariamente.

È tempo di sciogliere il fatto riservo e di scendere a esaminare la costituzione dell'ipoteca da questo punto di vista, generalmente trascurato dagli scrittori (1).

243. Il diritto reale d'ipoteca, essendo diritto di semplice assicurazione, non può sussistere indipendentemente dal diritto di credito che è destinato ad assicurare; diritto accessorio, ha necessità, per esistere e per produrre i suoi effetti, di un diritto principale al quale riferirsi.

Per questo dicemmo già che la ipoteca si estingue coll'estinguersi dell'obbligazione con essa garantita e ne segue le sorti, per modo che se è condizionale, nulla o annullabile l'obbligazione, condizionale, nulla o annullabile è del pari la ipoteca (sopra n. 10).

Resta adesso da dire più minutamente della obbligazione che l'ipoteca è destinata a garantire.

Che non possa validamente garantirsi una semplice obbligazione naturale, è nel diritto nostro principio indubitabile. La legge non accorda al creditore un'azione giudicialmente esperibile per esigerne l'adempimento: la *soluti retentio* nel caso che siano state volontariamente soddisfatte, è il loro unico effetto (art. 1237 capov. Cod. civ.); l'avere concesso una ipoteca per garantire l'adempimento di una semplice obbligazione naturale, non costituisce novazione, e non vale a cambiarne la natura; essendo inammissibile l'azione personale diretta a reclamarne l'adempimento, ancò l'a-

---

(1) Tanto gli scrittori francesi come gl'italiani si limitano a questo punto a parlare della garanzia ipotecaria concessa per un'apertura di credito (PONT, *op. cit.*, X, 712; POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 247; PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 164 ecc.). Senza trascurare questa speciale forma di contratto, che ha dato luogo senza dubbio alla più importante controversia che siasi agitata relativamente alla obbligazione garantita, noi riteniamo indispensabile una trattazione sistematica più generale di tutto ciò che concerne la obbligazione stessa. Quello che fu superiormente esposto parlando dei caratteri della ipoteca (numeri 10-19), facilita grandemente il nostro compito e ci dispensa da molte considerazioni.

zione ipotecaria, che allo stesso oggetto fosse promossa, non può non seguire la stessa sorte. Garantito ipotecariamente un debito di giuoco, come è giuridicamente nullo il debito, è nulla l'ipoteca, perchè il diritto accessorio non può avere sorte diversa del diritto principale (art. 1802 Cod. civ.).

Lo stesso è a dirsi di una obbligazione fondata per altro motivo su causa falsa od illecita; perchè non potendo avere alcun effetto una obbligazione infetta di vizio così radicale (art. 1119 Cod. civ.), non può del pari averne alcuno l'ipoteca costituita per garantirla.

Eguale soluzione è da ammettersi per ciò che riguarda le ipoteche costituite per sicurezza di una obbligazione mancante per qualsivoglia causa di uno dei requisiti richiesti dalla legge per la sua validità; dichiarata la nullità dell'obbligazione, la nullità della ipoteca ne discende come inevitabile conseguenza (1).

Ma quando si tratta di obbligazioni civili, che dànno luogo ad azione giudicialmente esperibile, che sono dotate di tutti quanti i requisiti essenziali per la loro validità, conviene dire che tutte indistintamente possono essere garantite con la costituzione della ipoteca (2); tanto se hanno per oggetto somme di danaro, quanto

---

(1) L. 22, § 1 D. *De reg. jur.* (L, 17): « Quum principalis causa non consistit, ne ea quidem, quae sequuntur locum habent ». Il giureconsulto Paolo avverte con la parola *plerumque* che l'applicazione di questa regola non è generale e che patisce eccezione nel caso in cui la ipoteca è prestata da un terzo per garantire il creditore dalle conseguenze dell'annullamento derivante da incapacità di obbligarsi del debitore, secondo il noto insegnamento di Ulpiano in L. 14, § 1 D. *De pignor.* (XX, 1): « ex quibus causis naturalis obligatio consistit, pignus perseverare, constat »; ma abbiamo di sopra osservato che la estensione dalla fideiussione alla ipoteca del principio eccezionale stabilito nell'art. 1899 Cod. civ. non è oggi da accogliersi (n. 18). Cons. su ciò CARABELLI, *op. cit.*, § V, n. 4 e seg.

(2) L. 5 pr. D. *De pignor.* (XC, 1): « Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione, sive mutua pecunia detur, sive dos, sive emtio vel venditio contrahatur, vel etiam locatio et conductio, vel mandatum ».

se hanno invece per oggetto prestazioni di altra natura che in danaro possano risolversi e convertirsi (1).

A questo proposito sono da accettare soltanto quelle obbligazioni che riguardano esclusivamente la persona e nascono dai rapporti di matrimonio, di patria potestà, di filiazione, di tutela e simili. Invero la ipoteca non può sussistere che per somma determinata in danaro; come assicurare con ipoteca l'adempimento di quelle obbligazioni le quali hanno un valore inestimabile e non possono, se inadempiute, far luogo al risarcimento dei danni, come la fedeltà coniugale, la educazione ed istruzione dei figli? Se invece la obbligazione, anche consistendo nella prestazione o nella omissione di un fatto, è capace di essere pareggiata e supplita con una somma di danaro, può esserne assicurato con ipoteca l'adempimento in quanto il valore del fondo ipotecato può servire a soddisfarla, ove non sia adempiuta in forma specifica (2). Come la sentenza produce ipoteca giudiziale non soltanto quando contiene condanna al pagamento di una somma di danaro, ma ancora quando la condanna è di adempiere un'altra qualsiasi obbligazione che può risolversi nel risarcimento dei danni, così può, per accordo delle parti, essere garantita con ipoteca convenzionale qualunque obbligazione che possa produrre lo stesso effetto. Se si tratta di obbligazione di pagare una somma di danaro, l'ipoteca è costituita per la somma dovuta; se si tratta invece di altra obbligazione che non consiste in danaro, ma può ridursi in danaro ove non sia adempiuta, per esempio un servigio, una consegna di cose immobili o mobili, l'ommissione di un dato fatto, la determinazione della somma è fatta dalle parti nell'atto costitutivo della ipoteca, o è rilasciata dal debitore al prudente arbitrio del creditore, il quale la determina nella iscrizione come di sopra è stato dimostrato.

---

(1) L. 9, § 1, D. *De pignorat. act.* (XIII, 7): « Non tantum autem ob pecuniam, sed et ob aliam causam pignus dari potest, veluti si quis pignus alieni dederit, ut pro se fidejubeat ».

(2) Carabelli, *op. cit.*, § V, n. 10.

Per le ragioni indicate di sopra (n. 168) non parliamo della obbligazione di consegnare cose, mobili o immobili che siano, come di obbligazione distinta dalle altre; è anch' essa obbligazione che, inadempiuta, può risolversi nel risarcimento dei danni, e che può per conseguenza essere garantita con ipoteca convenzionale, non già sulla cosa stessa da consegnarsi, dato che d' ipoteca sia suscettiva, ma sopra una cosa diversa di proprietà del debitore o di un terzo (1).

244. La ipoteca iscritta per garantire il creditore dalle conseguenze dell' inadempimento di tutte quelle obbligazioni che non consistono in danaro, ma che dànno luogo al risarcimento dei danni ove non siano adempiute, ha necessariamente carattere eventuale, imperocchè l'azione ipotecaria che ne deriva è subordinata nel suo esercizio alla eventualità che il debitore si renda inadempiente.

---

(1) È evidente che a ciò non ha posto mente il CARABELLI (*op.* e *loc. cit.*) quando ha negato che siano suscettive di garanzia ipotecaria certe pretensioni personali che si dirigono sulla sostanza della cosa, o sul suo materiale godimento, anzichè sul valore o surrogato economico della medesima, come p. es. il diritto del legatario al conseguimento della cosa legata, il diritto di prelazione, il diritto di ricompera dell' immobile venduto con patto di riscatto. Certo questi diritti non potranno utilmente essere assicurati sulla cosa stessa che è dovuta al creditore; ma ben potrà essere costituita a di lui favore una ipoteca sopra cose diverse, in modo che, mancando il debitore all'adempimento della contratta obbligazione, e non essendo possibile per qualsivoglia motivo esigerne l'adempimento in forma specifica, possa ripetersi con azione ipotecaria l'*id quod interest*. In certi casi poi è manifesto che l' adempimento può essere garantito con ipoteca sulla stessa cosa che è oggetto della obbligazione; ciò diciamo specialmente del caso, pure citato dal CARABELLI, del diritto del conduttore a rimanere nello stabile affittato per tutto il tempo della locazione (art. 1597 Cod. civ.), che può essere garantito ipotecariamente sullo stabile stesso; e può dirsi, a parer nostro, anche del diritto di prelazione; se il creditore non consegue la cosa, perchè il debitore l' aliena a favore altrui, può conseguire sul prezzo della cosa stessa ciò che gli è dovuto a titolo di risarcimento.

Tizio si obbliga a favore di Caio, editore di opere librarie, a compilare un trattato scientifico e costituisce a favore di Caio una ipoteca per sicurezza di questa obbligazione; oppure: Tizio si obbliga di liberare da un' ipoteca o da una servitù, o da altro diritto reale, il fondo che ha venduto a Caio, e costituisce un' ipoteca a favore di quest' ultimo per sicurezza dell' adempimento di questa sua obbligazione; oppure: Tizio cede un avviamento industriale a Caio in una determinata località, impegnandosi a non fargli concorrenza, e costituisce una ipoteca per rendere sicura la osservanza di questo impegno; oppure: Tizio si obbliga di consegnare una cosa, mobile o immobile, a Caio, e garantisce ipotecariamente la contratta obbligazione; più genericamente: fra Tizio e Caio è posto in essere un contratto di locazione di cose, o altro qualsiasi contratto che induce obbligazioni di dare, di fare o di non fare, e si assicurano con ipoteca le obbligazioni che derivano. In tutti questi casi il creditore iscrive la ipoteca per una somma la cui determinazione è stata fatta preventivamente dalle parti nell'atto costitutivo, o è stata rilasciata al suo prudente arbitrio. La ipoteca, in tutti questi casi, è eventuale quanto alla esperibilità dell'azione che ne deriva, ed incerta quanto all' entità della somma che può reclamarsi con l'azione stessa; eventuale quanto all'esperibilità dell'azione, perchè subordinata all' inadempimento dell' obbligazione; incerta quanto all' entità della somma che può reclamarsi, perchè i danni derivanti dall' inadempimento, o dal ritardo nell' adempiere l' obbligazione, sono, di regola, liquidati dopo che l' inadempimento o il ritardato adempimento si sono verificati.

La somma può essere certa fino da principio nel suo ammontare, quando l' accertamento dei danni sia fatto sotto forma di clausola penale (art. 1230 Cod. civ.); ma anco in tal caso l' ipoteca non cessa di essere eventuale nel senso che la somma stabilita dalle parti è dovuta soltanto ove l' obbligazione non venga adempiuta, o venga adempiuta con ritardo, secondo che le parti hanno previsto l' una o l' altra eventualità (art. 1212 Cod. civ.).

In tutti questi casi l' ipoteca, essendo semplicemente eventuale, dà luogo ad una collocazione che lo è egualmente (articolo 2091 Cod. civ.); a meno che, quando l'azione ipotecaria si esercita, l' ipoteca non siasi tramutata di eventuale in effettiva, per essersi verificato l' inadempimento, o il ritardo nell'adempiere l' obbligazione, e siano stati liquidati giudizialmente i danni che non fossero stati liquidati preventivamente per comune consenso dei contraenti.

245. Quello che da noi si è affermato nel numero precedente serve a determinare sempre più il principio della specialità dell'ipoteca, il quale non è richiesto soltanto per ciò che attiene ai beni gravati ed alla somma iscritta, ma è richiesto ancora per ciò che riguarda l' obbligazione garantita ipotecariamente. L' atto costitutivo deve contenere la precisa specificazione di quest' obbligazione, affinchè non sia lecito al creditore, soddisfatto dell' obbligazione garantita con ipoteca, di domandare collocazione ipotecaria per un' obbligazione diversa.

È questa un' applicazione, forse non bene avvertita, del principio della specialità in materia ipotecaria, derivante dalla stessa definizione data dell' ipoteca nell' art. 1964 Cod. civ. L' ipoteca è un diritto reale costituito per assicurare il soddisfacimento di una obbligazione; ciò significa che con essa si assicura specialmente un' obbligazione determinata, e che, estinto il credito derivante da questa, non può pretendersi di ottenere pagamento, col grado alla stessa ipoteca, di un credito avente origine da un' obbligazione diversa.

Osservammo già che all' ipoteca non è applicabile l' eccezionale disposizione dell' art. 1888 capov. Cod. civ. per la quale, a somiglianza di quanto era ammesso dalla legge unica del codice giustinianeo « *etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse* » (VIII, 26), spetta al creditore il diritto di ritenzione del pegno per ottenere pagamento di un credito diverso da quello originariamente garantito quando il debito corrispondente sia stato

contratto dopo la tradizione del pegno e sia divenuto esigibile innanzi che si facesse luogo al pagamento del primo debito (sopra n. 23). Al creditore che reclama nel giudizio di graduazione la collocazione di un credito garantito con ipoteca, i creditori possono opporre l'eccezione dell'estinzione dell'ipoteca stessa, assumendo l'onere di provare che il creditore fu soddisfatto; non varrebbe al creditore il dimostrare di essere creditore per titolo diverso; il diritto reale d'ipoteca non può sopravvivere all'estinzione del credito per sicurezza del quale è stato costituito.

In un contratto d'affitto di fondi rustici il locatore costituisce un'ipoteca convenzionale a favore dell'affittuario per assicurargli il rimborso, alla fine dell'affitto, di certi miglioramenti, che l'affittuario ha assunto l'obbligo di fare tosto che l'affitto avrebbe avuto principio. I miglioramenti vengono effettivamente eseguiti all'epoca prestabilita, ma il locatore rimborsa l'affittuario prima che l'affitto giunga al suo termine. L'affittuario non potrebbe pretendere di essere collocato, nel giudizio di graduazione cui si facesse luogo, col grado di quella ipoteca, per un credito diverso, per esempio per una restituzione di prezzo che gli fosse dovuta in ordine all'art. 1617 Cod. civ.; e se, colludendo col proprietario, domandasse collocazione del credito per miglioramenti, dissimulando il pagamento ricevuto, i creditori posteriori di grado e chirografari, che vi avessero interesse, sarebbero ammessi a provare con ogni mezzo, non escluse le prove per testimoni e per presunzioni, l'avvenuta estinzione del credito reclamato e la conseguente estinzione dell'ipoteca.

Abbiamo voluto dare questo esempio, suggeritoci dalla pratica forense, per dimostrare quanto la specifica designazione dell'obbligazione garantita è necessaria nell'atto costitutivo. L'ipoteca genericamente consentita per sicurezza di un'obbligazione indeterminata non potrebbe spiegare alcun effetto. Possono bensì garantirsi tutte quante le obbligazioni che potranno sorgere, a favore di una delle parti e in danno dell'altra, da un determinato contratto, co-

me avviene, appunto, quando l'affittuario costituisce un'ipoteca per sicurezza delle obbligazioni da lui assunte con il contratto di affitto, quando il venditore dà al compratore una garanzia per i possibili casi di evizione, e in tutti i casi consimili; avviene allora quello che avviene per certe ipoteche legali, che vengono accordate dalla legge per sicurezza di tutti i crediti aventi una causa meritevole di speciale favore, come quelli nascenti dalla gestione tutelare, dall'amministrazione della dote, dal procedimento penale a carico del debitore; ma all'infuori di questi casi, nei quali la collocazione ipotecaria è circoscritta dal nesso fra il credito e il rapporto giuridico garantito, la specialità dell'ipoteca si estrinseca, non tanto nei bei gravati e nella somma iscritta, ma ancora nell'obbligazione, per modo che l'ipoteca costituita per una obbligazione determinata non può valere per un'obbligazione diversa.

246. Anco per l'obbligazione specialmente garantita l'ipoteca ha effetto sui beni specialmente gravati e per la somma per la quale è stata iscritta. Se per tanto in forza di un'ipoteca iscritta per cento è domandata collocazione di un credito di cinquanta, la ipoteca vale per cinquanta, restando inefficace per ogni di più; ma se per un'ipoteca iscritta per cinquanta è domandata collocazione di un credito di cento, l'ipoteca non può attribuire prelazione che per la somma minore, e per ogni di più il creditore deve essere collocato nella categoria chirografaria.

Tutto ciò attiene più tosto agli effetti dell'ipoteca che alla sua costituzione; ma abbiamo dovuto premetterlo, all'oggetto di dimostrare la necessità di una precisa specificazione dell'obbligazione garantita nell'atto costitutivo dell'ipoteca. Siffatta specificazione è della essenza dell'atto e non sarebbe dato supplire con prove estrinseche alla sua mancanza. Dall'atto costitutivo della ipoteca, e della corrispondente iscrizione, deve resultare se l'obbligazione garantita sia rappresentata dal credito pel quale si domanda la collocazione ipotecaria nel giudizio di graduazione; ogni incer-

tezza in proposito, ogni dubbio, dovrebbe essere risoluto contro il creditore che domanda di essere collocato (1).

247. All'argomento che stiamo trattando si connette la questione se un'obbligazione futura possa essere garantita ipotecariamente: se, in altri termini, essendo l'ipoteca un accessorio del credito, possa validamente costituirsi e prender vita prima che sia sorto il credito che è destinata a garantire.

Osservammo già che non può dubitarsene di fronte al disposto dell'art. 2007 del Cod. civ. pel quale l'ipoteca ha effetto e prende vita dal momento della sua iscrizione, ancorchè si tratti di un contratto di prestito in cui lo sborso del danaro si effettui posteriormente, e che la stessa disposizione dell'art. 2010, che ammette la preventiva assicurazione di tre annate d'interessi nello stesso grado del capitale, dimostra che la immediata ed attuale esistenza del credito non è assolutamente indispensabile per la efficacia iniziale della ipoteca (sopra n. 16). Che la ipoteca non possa produrre il suo effetto utile, che è la prelazione del credito, se non quando il credito è nato, e per la somma per la quale è nato, è fuori di questione, ma ciò non toglie che possa essere costituita e prendere grado anteriormente, in vista della eventualità che il credito possa sorgere.

È tempo di dare alla questione, che ha formato, anco recentemente, oggetto di larghi studi (2), il meritato svolgimento.

Che in diritto romano si potesse costituire una garanzia reale per sicurezza di un credito futuro, è sicuramente da ammettersi; la L. 5 pr. D. *De pignoribus* (XX, I) non consente dubbi; in essa il giureconsulto Marciano lo disse con le parole « *sed et futurae*

---

(1) CARABELLI, *op. cit.*, § V, n. 9.

(2) Specialmente per parte di BONELLI nella pregevole monografia intitolata: *L'ipoteca per debiti futuri in diritto romano* (*Arch. giurid.*, LI, 395 e seg.) e in altro successivo studio intitolato: *Le ipoteche per sovvenzioni future* inserito nel giornale *La Legge*, 1895, II, 64, nonchè per parte di GABBA in una sua nota nella *Giurispr. it.*, XLVII, I, II, 248.

obligationis nomine (res hypothecae) dari possunt » ; la ipoteca in tal caso era condizionale, subordinata cioè nella sua efficacia alla successiva esistenza del credito; ma la condizione era retroattiva, e la ipoteca era per conseguenza efficace *ab initio*, nel caso però in cui il verificarsi della condizione stessa non dipendeva dalla mera volontà del creditore. Ciò aveva importanza specialmente per giudicare del pregiudizio cagionato al creditore ipotecario da una vendita fatta nell' intervallo fra la costituzione dell' ipoteca e il nascimento del credito (1), e si è voluto applicare anco in diritto moderno per ciò che concerne la validità iniziale della ipoteca, e persino il suo grado (2), distinguendo la condizione potestativa da quella che non riveste tale carattere.

Noi riteniamo che la profonda modificazione arrecata al sistema ipotecario dal principio della pubblicità, renda inapplicabili le leggi romane, in virtù delle quali, per ciò che concerne la efficacia della ipoteca costituita a garanzia del credito futuro, si volle distinguere il caso in cui il creditore si è obbligato ad eseguire le relative somministrazioni, da quello in cui è rimasto in sua facoltà di farle o di non farle: la ipoteca costituita per garanzia di

---

(1) Il CARABELLI nel suo *Diritto ipotecario* (§ VI, n. 2 e seg.) tratta diffusamente la questione, ricordando la L. 4 D. *Quae res pignori* (XX, 3): « Titius, quum mutuam pecuniam accipere vellet a Maevio, cavit ei, et quasdam res hypothecae nomine dare destinavit; deinde, postquam quasdam ex his rebus vendidisset, accepit pecuniam; quaesitum est, an et prius res venditae creditori tenerentur? Respondit, quum in potestate fuerit debitoris, post cautionem interpositam, pecuniam non accipere, eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est, et ideo inspiciendum, quas res in bonis debitor numeratae pecuniae tempore habuerit ».

(2) Per ciò che attiene al grado, si ha un recente esempio nella sentenza della Corte d'appello di Bologna 21 dicembre 1894, la quale ritenne che la ipoteca consentita per un credito futuro, prenda grado non già dalla data della sua iscrizione, bensì da quella della effettiva sovvenzione del danaro, quando il creditore non si era fin da principio obbligato a sovvenirlo (*Giurispr. it.*, 1895, I, II, 248).

somministrazioni future è sempre valida e prende grado dal giorno della sua iscrizione; soltanto è condizionale, perchè il suo effetto utile, cioè il diritto di prelazione, non ha luogo, se non in quanto sorga effettivamente il credito in vista del quale l'ipoteca era stata costituita.

Ciò era stato ammesso senza contrasto dai primi commentatori del Codice civile che ebbero occasione di pronunziarsi sulla controversia (1); ma non tardò a farsi strada nella giurisprudenza delle nostre Corti una tendenza, che non esitiamo a qualificare come pericolosa, nel senso di esigere per la validità della ipoteca, se non la immediata esistenza del credito al momento stesso della costituzione di essa, per lo meno la sicurezza che il credito sorgerà, derivante da un formale impegno assunto dal creditore di eseguire, a richiesta del debitore, le somministrazioni che con la costituzione della ipoteca questi ha inteso di garantire (2).

---

(1) PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 164; POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 247 con gli autori francesi ivi citati.

(2) Cons. le varie decisioni citate da BONELLI nel secondo dei ricordati scritti, e da ultimo la sentenza della Corte d'appello di Firenze 27 aprile 1895 (*Annali di Giurispr. it.*, 1895, III, 209) la quale pone nettamente la questione nel senso che la validità dell' ipoteca sia subordinata all'impegno del creditore: « E per la verità la dottrina e la giurisprudenza moderna sulla validità delle ipoteche iscritte a garanzia di crediti eventuali e futuri si è concordemente manifestata, allentando il precedente rigore, per l'affermativa fino dal giorno del contratto (art. 1170 Cod. civ.), purchè sino allora il creditore abbia assunto la formale obbligazione di somministrare merci o danaro *ad ogni richiesta del debitore*, come accade appunto nei casi di conto corrente o conto aperto, perocchè in questo caso la obbligazione non può dirsi subordinata alla potestà di colui che si è obbligato, e quindi cadente sotto la comminazione all' art. 1162 Cod. civ., ma trattasi di un mutuo vincolo giuridico consistente da un lato nell'apertura del credito, e dall'altro nell'obbligo di mantenere indenne il promittente per la fede accordata. — Ora nel caso in esame quel vincolo giuridico che obbligasse entrambi in modo correspettivo, e che è pur necessario a dar vita alla cauzione ipotecaria, secondo lo spirito dell'art. 1994 Cod. civ., mancava indubbiamente, perocchè dalle parole del contratto Funaioli, e dalla nota

Questa tendenza, che si è spinta fino al punto di decidere che se non vi è l'impegno del debitore la ipoteca non prende grado dalla sua iscrizione, ma bensì dal giorno in cui le somministrazioni avvengono (1), non merita incoraggiamento. L'art. 1170 Cod. civ. proclama senza restrizione alcuna la retroattività della condizione, e non distingue la così detta condizione potestativa da quella che tale non è (2); è vero che l'art. 1162 Cod. civ. dichiara nulla l'obbligazione contratta sotto una condizione che la fa dipendere dalla mera volontà di colui che si è obbligato (3); ma è ovvio avvertire che questa disposizione non è nel caso invocabile: colui che si obbliga, è il costituente l'ipoteca a garanzia del debito futuro, e la condizione non dipende dalla sua mera volontà, in quanto egli è costretto dalla necessità di procurarsi il danaro; posto pure che il creditore non siasi formalmente impe-

---

d' iscrizione, chiaro si apprende che la ipoteca di lire 5000 venne accesa non già per le future somministrazioni che sarebbero state fatte da Lucaccini a Luberti *ad ogni richiesta di questi*, ma (ivi) a garanzia delle successive somministrazioni in merci e danaro, che il sig. Lucaccini *consentisse di fare in seguito* ai detti Luberti, lo che non era atto ad istituire fra loro, nè a mantenerla se esistente, quell' apertura *obbligata* di conto corrente, d' onde vuolsi nel citato rogito avere attinto origine il precedente credito di lire 9987 ».

(1) Nella sentenza sopracitata della Corte d'appello di Bologna del 21 dicembre 1894, la erronea opinione ha avuto origine da un analogo apprezzamento della commissione belgica per la riforma ipotecaria (Lelievre, *Rapport*, in Parent, p. 41 e seg.) la cui confutazione può vedersi in Laurent, *op. cit.*, XXX, 527.

(2) Osserva a questo riguardo il Boselli nel secondo dei citati lavori, che la teorica della irretroattività della condizione potestativa ha perduto di valore fra i moderni romanisti (Conf. Windscheid, *Pand.*, I, § 89, not. 15 e § 93; Bufnoir, *De la condition en dr. rom.*, p. 315; De Crescenzio, nella *Enciclopedia giuridica*, voc. *Obbligazione*, n. 256) ed è poi positivamente esclusa da quelli dei Codici moderni che come il Codice civile proclamano senza restrizioni l'opposto principio della retroattività.

(3) Secondo la nota disposizione della L. 8 D. *De obl. et act.* (XLIV, 7): *Sub hac conditione:* si volam, *nulla fit obligatio.*

gnato a somministrarglielo, non può dirsi che ciò renda applicabile la citata disposizione di legge, perchè la condizione non dipenderebbe, come la legge dice, dalla mera volontà di colui che si è obbligato, ma bensì da quella di colui a favore del quale la obbligazione è stata contratta.

È poi da osservare che nel fatto di accettare una costituzione d'ipoteca, e nell' iscriverla per le somministrazioni future che potranno essere fatte al costituente, l'impegno di eseguire effettivamente siffatte somministrazioni è implicitamente sottinteso, quand'anche son sia assunto in modo espresso; chi vincola l' altrui patrimonio per garanzia di somministrazioni future, si espone ad un'azione di risarcimento di danni, se, richiesto poi di eseguire queste somministrazioni, si rifiuta di farle; nel rifiuto si avrebbero tutti gli estremi della colpa aquiliana, perchè non è lecito farsi giuoco dell'altrui bisogno e dell'altrui credito (1).

La cosa è di tutta evidenza: le stesse Corti italiane, le quali hanno creduto di subordinare la efficacia della ipoteca per debiti futuri all' impegno del creditore, hanno poi, nelle singole applicazioni, ammesso la efficacia dell'ipoteca anche quando l'impegno

---

(1) La legge belgica contempla espressamente il caso della così detta « *apertura di credito* » nell'art. 80; l'apertura di credito presuppone necessariamente l' impegno, e il citato articolo parla appunto d' impegno: « L'hypothèque consentie pour sûreté d'un crédit ouvert, à concurrence d'une somme déterminée *qu'on s'oblige à fournir*, est valable ». Ciò non ostante il LAURENT, che scrisse sotto l' impero di quella legge, non esitò ad affermare la validità dell' ipoteca costituita per sicurezza di crediti futuri, indipendentemente dall'obbligo assunto da colui a favore del quale l' ipoteca è costituita. Per questo scrittore, di cui accettiamo pienamente l' insegnamento, la ipoteca costituita senza impegno del creditore è eventuale « *pour le cas on l'on contractera ensuite une obligation valable.* Aucun principe, conchiude il LAURENT, ne s' oppose à ce qu' on donne une hypothèque pour une obligation future » (*op. cit.*, XXX, 527).

non vi era; che sia veramente così lo dimostreremo nel numero seguente (1).

248. La Corte d'appello di Bologna, con sentenza 13 luglio 1869, molto notevole (est. Bonasi) (2), ebbe a decidere sulla validità di un'ipoteca accesa a favore di quella Cassa di risparmio « a garanzia degl'impegni qualsiansi che i M. *avessero o potessero incontrare* (*sic*) per qualsivoglia titolo o causa, e più particolarmente recapiti, cambiali o pagherò portanti la loro firma, e così pure per la restituzione delle somme che la stessa Cassa *fosse per sovvenire* ad essi debitori ». Nessuna parola d'*impegno* da parte della Cassa. Il Tribunale aveva annullato in base il principio di accessorietà, per la mancanza d'una obbligazione principale cui la ipoteca accedesse. La Corte non contrastò il principio, ma disse che « la costituzione d' una ipoteca a garanzia d' un prestito futuro *vincola colui che l'accetta ad effettuare la sovvenzione*, poichè il fatto porta *in sè stesso* la impronta della volontà dei contraenti, e l'*accettazione della ipoteca implica l'adesione dell'accettante a sottomettersi all' obbligo corrispettivo* ». E soggiunse che ciò doveva ripetersi *a fortiori* trattandosi di un istituto come la Cassa di risparmio, che per sua essenza fa professione di collocare capitali; cosicchè quando essa accetta un'ipoteca da chi la costituisce appunto in previsione della necessità in cui può trovarsi d'ottenere sovvenzioni, o di scontare recapiti, può dirsi che *assuma l'obbligo di sovvenirlo* nei modi e nei limiti fissati nella stipulazione. Quindi sebbene l' obbligo della Cassa di effettuare le somministrazioni non fosse espressamente formulato, esso doveva ritenersi implicito, *tenuto conto della posizione rispettiva delle parti e della manifesta loro intenzione*. La Corte vide benissimo che la posizione delle parti e la manifesta loro intenzione era per la costituzione d' un vincolo *reale* valido ed immediato; solamente per salvare il sistema ebbe

---

(1) Riportiamo senz'altro quello che egregiamente a questo proposito espone il BONELLI nel secondo dei citati lavori.

(2) Nella *Giurispr. it.*, p. 470.

bisogno d'intercalarvi il medio termine d'un *obbligo personale*, che le parti non s'erano mai sognate di ammettere.

Similmente la Corte d'appello di Firenze, in causa fra Banca Nazionale Toscana e altri creditori nella graduatoria Biagioni, respinse il reclamo contro l'ipoteca che la Banca Toscana aveva ottenuta dal Biagioni per le operazioni fatte *e per quelle che si proponeva di fare con essa* fino a concorrenza di una data somma, giudicando che in quella convenzione si conteneva una vera e propria *apertura di credito*, comunque niuno impegno si esprimesse da parte della Banca. E la Cassazione fu lietissima di trincerarsi dietro lo scudo dell' incensurabilità, per non tornare sopra a questo giudizio (1).

Notevole il caso giudicato dalla Cass. di Torino (2) nella causa fra la Ditta Maquay Hooker e un tal Knobel, che consentì ipoteca per garantire i crediti di quella, *per operazioni bancarie già effettuate e da effettuarsi in progresso*. Non solo la Ditta non assumeva alcun obbligo espresso, ma un articolo del contratto portava: « La Ditta sarà in diritto di arrestare quando ad essa piaccia le operazioni col suddetto Knobel senza che il medesimo possa elevare eccezione alcuna ». Il Tribunale di Massa dichiarò che v' era apertura di credito, e *perciò* disse valida l'ipoteca. La Corte d'appello di Genova (3) molto più ragionevolmente trovò che di obbligo della Ditta non poteva assolutamente parlarsi, se non altro per essere stato rilasciato al suo buon piacere di arrestare in qualunque momento le operazioni bancarie con quel signore. E quindi per le stesse ragioni del Tribunale scendeva alla conclusione opposta: nullità dell'ipoteca. A questa decisione, nonostante l'evidente apprezzamento contrattuale che avrebbe dovuto renderla incensurabile in cassazione, non potè acquetarsi la Cassazione di Torino. Le esigenze del sentimento giu-

---

(1) Cass. Firenze, 5 luglio 1880, *Annali*, XV, I, 1, 323. La sentenza d'appello non mi resulta pubblicata nei giornali.

(2) Sentenza 24 marzo 1891, *Giurispr. it.*, 496.

(3) Sentenza 19 aprile 1890, *Giurispr. it.*, 511.

ridico venivano con essa troppo vivamente urtate, perchè non si cercasse di rinnovellare i nobili tentativi del giudice di prima istanza, per salvare una posizione che si raccomandava con tanta evidenza. La Cassazione considerò che « trattasi di una specie di stipulazioni non infrequenti in commercio basate sul credito e sulle condizioni economiche, nelle quali la volontà *di chi si obbliga* non è dominata dal mero arbitrio, ma da eventualità apprezzabili, alle quali perciò non può trovare applicazione l'art. 1162 ». È chiaro che prima di vedere se l'obbligazione della Ditta era stata assoggettata ad una condizione di quelle contemplate nell'art. 1162, o ad altra, bisognava stabilire che una qualche obbligazione la Ditta avesse contratto. Questo aveva infatti tentato il Tribunale (1), e questa è l'esigenza immancabile della teorica dell'*impegno*.

Infine nuovamente la Corte d'appello di Firenze, ritornando sulla questione in causa Parenzo e Banca Nazionale (2). L'ipoteca era stata data alla Banca dal Pazzi, tanto per le somme di cui era già debitore, quanto per quelle di cui (*sic*) « in avvenire *potesse diventare debitore* per sconti ulteriori ». E come se ciò non bastasse, a togliere ogni sospetto d'impegno da parte della Banca, si soggiungeva da sua parte espressa dichiarazione « *di voler conservare piena libertà d'azione*, relativamente all'ammissibilità degli effetti cambiari che dal Poggi fossero presentati allo sconto ». Sembrava impresa ardua arrivare alla convalidazione di quest'ipoteca per mezzo della teorica dell'*impegno*; eppure la Corte, che senti-

---

(1) Si legge nella sentenza d'appello: « Il Tribunale ha creduto resultare essersi la Ditta *obbligata*: dal fatto di non avere espressamente dichiarato di non obbligarsi; dall'indole del suo commercio, che era quella di raccogliere capitali per impiegarli presso altri; dall'essersi parlato di operazione *da effettuarsi*, locuzione che implicherebbe obbligatorietà; ed infine da quella che essa chiama clausola risolutiva per la Ditta, di arrestare, cioè, quando lo credesse, le operazioni cambiarie col K., implicante la sua intenzione di sottoporsi come fatto ordinario alla medesima ».

(2) Sentenza 26 agosto 1891 inedita.

va di *doverri* arrivare, disse che « siccome per lo statuto che governa la Banca nessun effetto può essere scontato senza l'autorizzazione dell' apposita Commissione, così essa venne a dire, ciò che del resto era sottinteso, che *si obbligava* sotto l'osservanza ed ai termini di quanto lo statuto dispone circa lo sconto di effetti, con le facilitazioni compatibili in vista dell'accerdata ipoteca ». E soggiunge essere « affatto inammissibile la pretesa di ritenere per *nulle le obbligazioni assunte* da un istituto bancario, solo perchè in modo espresso od implicito abbia dichiarato in formule più o meno effrenate che *intende obbligarsi se e quando* glie lo consentono i propri regolamenti, e non oltre, nè contro ». Anche qui perciò la Corte si limitò a disapplicare l'art. 1162, curando di dimostrare che la obbligazione della Banca non era *nulla*, prima di dimostrare che obbligazione esisteva, e quasi presupponendo tale obbligazione come una conseguenza immancabile della ricevuta ipoteca e del rapporto di credito esistente tra la Banca e il Poggi. Come dire che l'*impegno* è implicito anche nel semplice rapporto di *clientela*, pel solo fatto che fu *rafforzato coll' ipoteca.*

249. Concludendo sulla importante questione, noi diciamo col più volte citato scrittore (1) che in mancanza di una disposizione di legge che proibisca la costituzione d'ipoteca per garanzia di debiti futuri, non è da ammettersi che siffatta proibizione sia stata implicitamente voluta dal legislatore. La contraria opininione è fondata soltanto sopra una esagerata importanza attribuita al principio che l' ipoteca come accessorio del credito non può sussistere senza di questo. Ciò è in tesi generale indubitato, ma vuolsi per eccezione ammettere che l' ipoteca possa acquistare giuridica efficacia e prendere grado, quando è dalle parti preordinata a garantire un credito futuro. Lo stesso legislatore espressamente contempla alcuni casi in cui la garanzia del credito futuro viene esplicitamente ammessa: garantisce un credito futuro la ipoteca legale concessa

---

(1) Bonelli, *loc. cit*

agli interdetti ed ai minori per sicurezza della gestione tutelare; garantisce un credito futuro la ipoteca data dal marito a chi ha promesso la dote e non l'ha peranco sborsata; garantisce un credito futuro la ipoteca iscritta per quel numero di annate d'interessi da scadere che sono, anche *ope legis*, collocate nello stesso grado del capitale in virtù dell'iscrizione di questo; ed anco l'art. 2007 Cod. civ., disponendo che l'ipoteca produce effetto e prende grado dal momento della sua iscrizione, ancorchè si tratti di un contratto di prestito, in cui lo sborso del danaro si effettui posteriormente, contribuisce non poco ad avvalorare la opinione da noi propugnata; il contratto di mutuo, che ha natura strettamente reale, non si perfeziona col semplice consenso, ma bensì con la effettiva consegna della quantità mutuata (art. 1819 Cod. civ.); finchè questa consegna non è avvenuta, può aversi la promessa di dare a mutuo, ma non si ha il mutuo effettivamente stipulato ed il credito che ne è la conseguenza. Se dunque per la efficacia della ipoteca fosse estremo indispensabile la esistenza del credito, questa efficacia non potrebbe datare dalla stipulazione del contratto, o dal momento della iscrizione, ma soltanto dal momento successivo in cui lo sborso avviene.

In questo senso la disposizione del citato art. 2007, a torto trascurata dagli scrittori che si sono occupati della questione presente, esercita sulla risoluzione della medesima una preponderante influenza.

« La teorica dell'impegno, dice il Bonelli, è un inutile ingombro, che ha reso il suo servizio in tempi in cui senza di essa il diritto non avrebbe potuto altrimenti sbarazzarsi dal giogo delle tradizioni, ma che non regge di fronte alla logica del diritto, e non può quindi condurre che a risultati erronei. Crediamo non lontano il tempo in cui se ne parlerà come d'una semplice reminiscenza storica; e lo affrettiamo coi voti, nell'interesse del commercio ».

250. La ipoteca costituita per sicurezza di debiti futuri è

dunque valida fino dal momento della sua iscrizione, ma subordinata, per ciò che attiene al suo effetto utile, alla prova della sussistenza del credito al momento in cui l'azione ipotecaria si esercita.

Tale prova può essere fornita con ogni mezzo ammesso dalla legge, purchè idoneo a far constare della identità fra il credito reclamato e quello per sicurezza del quale la ipoteca fu costituita preventivamente.

Fra commercianti la prova potrebbe essere fornita anche per mezzo dei libri di commercio (1); e in questo senso fu deciso che il commerciante che ha stipulato l'ipoteca per garanzia di determinati effetti cambiari e delle loro successive rinnovazioni, può nel giudizio di graduazione, dato che il debitore sia alla sua volta commerciante, stabilire la prova della surrogazione, anche rispetto agli altri creditori ipotecari, con le prove proprie dei commercianti, e specialmente con i suoi libri commerciali (2).

Dovendo in ogni caso la ipoteca essere iscritta per somma determinata in danaro, la iscrizione presa per sicurezza di una apertura di credito, varrà, entro i limiti della somma stessa, fino a concorrenza delle anticipazioni effettuate, al netto dei rimborsi ottenuti dal creditore, con i relativi interessi per i quali sia stata indicata la misura, o presa la corrispondente iscrizione, a forma dell'art. 2010 Cod. civ.

Se poi la garanzia fosse limitata, non soltanto riguardo alla somma, ma ancora riguardo al tempo, la collocazione ipotecaria dovrebbe essere ristretta tanto per quella come per questo, accordandosi la prelazione per quelle somministrazioni che all'epoca fissata nel contratto avevano realmente avuto luogo. Se vi fosse stato fra le parti un contratto di conto corrente, e questo avesse continuato al di là del termine prestabilito, il saldo definitivo non

(1) Pochintesta, *op. cit.*, I, 251.

(2) Cass. Torino, 3 febbraio 1875, *Giurispr. tor.*, XXI, 209.

sarebbe garantito ipotecariamente che fino a concorrenza della somma realmente dovuta al giorno in cui quel termine ebbe a scadere. La proroga che non sia stata menzionata nel contratto e nella iscrizione, può avere effetto fra le parti, ma non di fronte ai creditori ipotecari posteriori o chirografari, i quali hanno diritto che la collocazione ipotecaria sia limitata alle somministrazioni fatte nel termine prestabilito.

È da osservare per ultimo che la ipoteca consentita per sicurezza di un conto corrente, garantisce il resultato finale del conto, non già le singole somministrazioni isolate ed i titoli destinati a farne fede; per conseguenza i terzi possessori di questi titoli, non potrebbero *nomine proprio* reclamare il benefizio della prelazione: potrebbero soltanto essere collocati in sotto grado, nella collocazione accordata al creditore, e nei limiti della somma realmente dovuta a quest'ultimo (1).

§ 5.

Beni che possono essere colpiti.

SOMMARIO

251. L'ipoteca convenzionale non può costituirsi sui beni futuri — 252. Promessa d'ipotecarli quando pervengano nel promittente — 253. Nullità dell'ipoteca costituita sui beni futuri.

251. Dei beni che possono essere colpiti dalla ipoteca convenzionale considerati in sè stessi, parleremo nel capitolo seguente, ove sarà trattato in genere della ipoteca considerata nel suo oggetto, imperocchè non vi ha, a questo riguardo, differenza alcuna fra la ipoteca convenzionale e quella derivante dalla sentenza o dalla legge.

Qui vogliamo accennare soltanto alla disposizione dell' arti-

(1) Pochintesta, *op. cit.*, I, 249.

colo 1977 Cod. civ. per la quale l'ipoteca convenzionale non può costituirsi sui beni futuri.

Già il Codice francese aveva proclamato questa stessa massima nell'art. 2129 (1); ma vi derogava poi nel successivo articolo 2130: « Néammoins, si les biens présents et libres du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance, il peut, en exprimant cette insuffisance, consentir que chacun des biens qu' il acquerra par la suite, y demeure affecté à mesure des acquisitions ».

Il legislatore italiano ha ripudiato questa deroga, non priva d'inconvenienti, e contradicente al principio della specialità (2); per modo che la regola dell'art. 1977 Cod. civ. non subisce eccezione di sorta; i beni che pervengono nel debitore successivamente all'atto dichiarativo del credito, e alla costituzione della ipoteca che sta a garantirlo, non possono essere vincolati se non per convenzione posteriore, la quale dà vita ad una ipoteca nuova, sottoposta alle norme ordinarie di pubblicità e di specialità.

---

(1) Contradicendo così al diritto romano pel quale la ipoteca sui beni futuri era non solo permessa (L. 6 D. *De pignor.*, XX, 1), ma presunta quando non era ristretta a determinati beni con speciale convenzione. La L. 9 C. *Quae res pignori* (VIII, 17) in questo senso disponeva: « Super qua generali hypotheca illud quoque ad conservandam contrahentium voluntatem sancimus, ut, si res suas supponere debitor dixerit, non adjecto tam praesentes quam futuras, jus tamen generalis hypothecae etiam ad futuras res producatur ». Questa massima, della quale stranamente si abusò nell' antico diritto francese, dove l'ipoteca generale su tutti i beni presenti e futuri del debitore nasceva di diritto dalla recognizione del debito in forma autentica (Troplong, *op. cit.*, 504), è incompatibile con la specialità della ipoteca e perciò universalmente abbandonata dai moderni legislatori.

(2) Come il Codice francese disponevano: le leggi civ. napolet. art. 2015, 2016; il regolam. pontif. art. 127; la legge ipot. toscana art. LXII, LXIII. La ipoteca sui beni futuri era però ammessa incondizionatamente nel Codice parm. art. 2183 e nel Cod. est. art. 2183; era vietata in modo assoluto nel Cod. alb. art. 2190.

Le considerazioni fatte in seno alla Commissione coordinatrice per restringere ai beni presenti anco l'ipoteca giudiziale (1), se non valsero a far trionfare la relativa protesta, che fu respinta a debole maggioranza, valgono però a dimostrare i gravi pericoli che può arrecare allo svolgimento del credito, la ipoteca estesa ai beni futuri. Questi pericoli sono indubbiamente maggiori nella ipoteca convenzionale di quello che non siano nella ipoteca giudiziale, riguardo alla quale il vincolo dei beni futuri è stato ammesso. Infatti la ipoteca giudiziale presuppone un credito già formato, che ha dato luogo a sentenza di condanna per essere il debitore ve-

(1) Abbiamo riportato di sopra a p. 309 e seg. in nota, la importante discussione che fu fatta a questo riguardo; e ci riteniamo con ciò dispensati dal dare a questo argomento uno sviluppo, che è reso perfettamente inutile dall' essere ormai pacificamente accolto da tutte le moderne legislazioni, meno la francese, il principio dell'art. 1977 Cod. civ. Anco nel Belgio fu riprodotto il divieto dell'art. 2129 Cod. fr., ma non la eccezione dell'art. 2130 (art. 78 della legge). Il LAURENT (*op. cit.*, XXX, 515), così in proposito si esprime: « Pourquoi cette disposition n'a-t-elle pas été reproduite par le législateur belge? La Commission spéciale en a proposé la suppression, d' abord parce qu' elle permettait au débiteur de constituer une hypothèque générale sur les biens présents et à venir, par la simple déclaration que les biens présents etaients insuffisants; ce qui est contraire à un principe fondamental de la loi nouvelle, qui abolit toute hypothèque générale, alors même que l'hypothèque est établie en faveur des incapables. On a dit, en faveur de l'exception consacrée par le Code civil, qu'elle permettait au débiteur de se procurer sur ses biens à venir un crédit que ses biens actuels ne lui donnent pas, ce qui peut être un moyen de rétablir ses affaires. La Commission répond que l'exception offre plutôt un aliment à la prodigalité et qu'elle favorise l' usure. Est-ce la expérience qui à constaté ce fait, ou est-ce une simple crainte? Nous l'ignorons. M. Lelièvre dit, dans son rapport à la chambre, que l'expérience a démontré les inconvénients sérieux résultants de la faculté accordée au débiteur d'hypothèquer les-biens à venir: elle favorise les passions sur lesquelles certains prêteurs ne craignent pas de speculer. S'il en est ainsi, le législateur a eu raison de prohiber d'une manière absolue l'hypothèque de biens à venir; il ne doit pas offrir aux hommes des moyens de se ruiner ».

nuto meno alla fede in lui riposta: la ipoteca convenzionale, invece, è generalmente costituita nel momento stesso in cui il credito ha vita; e la possibilità d'ipotecare i beni futuri sarebbe un pericoloso incentivo alla usura e alla dissipazione.

252. Ma se l'ipoteca convenzionale non può costituirsi sui beni futuri, sarà egualmente vietata la promessa d'ipotecare i beni futuri, a garanzia di un determinato credito, a misura che perveranno nel debitore?

La promessa di dare ipoteca, è, come di sopra osservammo, pienamente valida ed operativa di effetto (n. 231); per essa non sorge il diritto reale, nè il creditore ha facoltà di prendere iscrizione; ma il debitore contrae una obbligazione personale di cui può essere dal creditore reclamato l'adempimento.

A questo riguardo non può farsi differenza fra la promessa concernente i beni presenti e quelli futuri del debitore. Il debitore può validamente obbligarsi a dare ipoteca per assicurare il soddisfacimento del suo debito, appena si trovi in grado di farlo; se poi acquistando beni immobili, non costituisse la ipoteca promessa, potrebbe essere condannato a farlo per sentenza del magistrato. Non è di ostacolo la nota massima: *nemo ad factum cogi potest*, perchè la sentenza portante condanna a costituire la ipoteca, sanzionerebbe una obbligazione di fare che rientra fra quelle le quali dànno luogo a risarcimento di danni in caso d'inadempimento. In luogo della ipoteca, promessa e non costituita, potrebbe pertanto essere iscritta una ipoteca giudiziale.

253. Mentre la promessa di dare ipoteca sui beni futuri può avere il limitato effetto da noi accennato nel numero precedente, la costituzione effettiva d'ipoteca sui beni futuri, non può, di fronte al divieto assoluto dell'art. 1977 Cod. civ., spiegare effetto alcuno; tanto se fosse costituita genericamente sui beni che potranno nel tempo avvenire essere acquistati dal dabitore a titolo oneroso o gratuito; quanto se fosse destinata specialmente a colpire dei beni determinati nell'atto costitutivo.

Non possiamo pertanto approvare quelle rare decisioni le quali hanno dichiarata valida la ipoteca costituita sopra beni che il debitore si proponeva di acquistare e che realmente acquistò in un'epoca successiva, posteriore, anche di poco, alla costituzione del diritto reale (1); abbiamo già dimostrato che per costituire validamente la ipoteca sopra un immobile è necessario averne la proprietà, e sarebbe superfluo aggiungere ulteriori osservazioni.

Sempre per la ragione che il divieto assoluto contenuto nell'art. 1977 Cod. civ. dà luogo ad una nullità radicale ed insanabile deducibile da qualunque interessato, e perciò dallo stesso debitore, noi riteniamo che il vizio d'origine di una ipoteca costituita sui beni futuri, non potrebbe essere sanato con un atto di conferma posto in essere dal debitore dopo che i beni sono divenuti di sua spettanza; soltanto una nuova costituzione e una nuova iscrizione potrebbero dare al creditore quella garanzia che la costituzione primitiva non ha potuto dargli.

Riteniamo pure che, dichiarata la nullità della ipoteca costituita sopra i beni futuri, il creditore non sarebbe nel diritto di ottenere una garanzia reale sopra quei beni che poi fossero pervenuti in proprietà del debitore; la decadenza dal beneficio del termine sarebbe la sola conseguenza giuridica della dichiarata nul-

---

(1) Una di queste decisioni è giustamente censurata dal POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 241 (Casale, 2 dicembre 1868, *Annali di giurispr. it.*, II, II, 636), il quale osserva che si tratta di uno di quei così detti *arrêts d'espèce* che non possono formare giurisprudenza. Non di meno si pronunziò nello stesso senso la Cass. di Napoli 14 gennaio 1887, *Gazz. Proc.*, XXI, 461. V. ancora Cass. Torino, 25 gennaio 1887, *Giurispr. tor.*, XXIV, 430. In altre decisioni si è voluto distinguere la ipoteca sui beni futuri, nulla radicalmente, dalla ipoteca sui beni altrui, che si dice convalidata dall' acquisto fattone di poi del costituente. (Cass. Napoli, 26 gennaio 1872, *Crit. forense*, I, 553; Cass. Torino, 5 aprile 1892, *Legge*, 1892, II, 556). Noi veramente non sappiamo come possa giustificarsi siffatta distinzione, di fronte al divieto dell'art. 1977 Cod. civ. (Genova, 5 maggio 1892, *Temi genov.*, 1892, 358).

lità, quando la relativa dichiarazione fosse stata provocata dallo stesso debitore (art. 1176 Cod. civ.).

In ciò che noi diciamo a questo proposito non vi è contradizione con quello che di sopra abbiamo detto riguardo alla promessa di dare ipoteca. La promessa di dare ipoteca sui beni futuri è valida, perchè non vietata, in omaggio al principio della libertà contrattuale; la costituzione d'ipoteca sugli stessi beni è nulla, in omaggio al divieto espresso nella legge. Essendo nulla, non può produrre alcun effetto; neppur quello di autorizzare il creditore a domandare una diversa garanzia (1).

§ 6.

Sopravvenuta insufficienza della ipoteca convenzionale.

SOMMARIO

254. Diritti accordati dal Codice francese e dal Codice italiano in caso di perimento o deteriorazione dei beni ipotecati. Differenza fra i due Codici — 255. Fondamento razionale delle relative disposizioni — 256. Loro inapplicabilità alle ipoteche giudiziali — 257. Osservazioni intorno alle ipoteche legali — 258. Condizioni richieste per l'esercizio dell'azione di supplemento d'ipoteca. 1.ª *Condizione.* Occorre che il credito non sia scaduto—259. 2.ª *Condizione.* Occorre che la perdita e il deterioramento siano sopravvenuti — 260. 3.ª *Condizione.* Occorre che la perdita e il deterioramento si verifichino nella stessa sostanza dei beni ipotecati — 261. 4.ª *Condizione.* E siano di tale entità da rendere insufficiente la garanzia ipotecaria — 262. 5.ª *Condizione.* Occorre finalmente che dipendano da caso fortuito o da forza maggiore. Il fatto del debitore è regolato da norme diverse — 263. Esercizio dell'azione di supplemento — 264. In che consista l'ipoteca supplementare. Sua estensione. — 265. Patti speciali in proposito.

254. Argomentando da quello che disponevano le leggi romane nel caso di sopravvenuta insolvenza del fideiussore, o di estinzione

(1) La soluzione adottata nel testo è propugnata dagli scrittori francesi come GRENIER, *op. cit.*, I, 65; PERSIL, *op. cit.*, sull'art. 2129 n. 1; TROPLONG,

della prestata garanzia (1), il Codice francese, e sulla scorta di esso alcune delle legislazioni posteriori vigenti in Italia, disponevano che se gl' immobili specialmente assoggettati all' ipoteca perivano o si deterioravano in modo da rendersi insufficienti alla sicurezza del creditore, questi aveva facoltà di domandare immediato pagamento del suo credito, sempreché il debitore non preferisse di concedergli un supplemento d'ipoteca sopra altri beni (2). Tale disposizione, sostanzialmente modificata, passò in altre delle legislazioni italiane (3) e da queste nel Codice vigente, il quale all'art. 1980 così dispone: « Qualora i beni sottoposti all'ipoteca perissero o si deteriorassero in modo che fossero divenuti insufficienti alla sicurezza del creditore, questi ha diritto ad un supplemento d'ipoteca e in mancanza al pagamento del suo credito ».

La modificazione consiste in questo, che mentre pel Codice francese il creditore aveva diritto di domandare rimborso immediato del credito, e il supplemento d'ipoteca era in facoltà del debitore che voleva esimersi dall'effettuarlo, pel Codice nostro invece il creditore ha diritto di domandare il supplemento di garanzia; il pagamento del credito, non ha diritto di domandarlo che dopo, in via sussidiaria, quando il debitore non ottemperi alla domanda principale.

La sostanziale differenza fra i due sistemi, a torto trascurata dai nostri commentatori (4), tiene piuttosto al modo di esercitare

---

op. cit., 515; Pont, *op. cit.*, XI, 678, i quali confutarono una contraria sentenza della Corte di Aix (11 agosto 1811, Dalloz, *Rep.* V. *Priv. et hyp.*, 1298). Risolvono la questione nello stesso senso: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, 1, 166; Pochintesta, *op. cit.*, I, 241.

(1) L. 10, § I, D. *Qui satisdare cogantur* (II, 8); L. 4 D. *De stipulation. praetor.* (XLVI, 5).

(2) Cod. franc. art. 2131; leggi civ. nap. art. 2016; Cod. parm. art. 2184.

(3) Regolam. pontif. art. 128; Cod. est. art. 2184; legge ipot. tosc. art. LXIV.

(4) Gli scrittori avvertono l'altra differenza consistente nel non essere stato riprodotto nel Codice civile italiano l'art. 2129 Codice francese, il quale, dopo

l'azione, che ai casi nei quali l'azione stessa può essere esercitata; tanto il Codice francese, e quelli fedelmente modellati sul medesimo, quanto il Codice albertino, il regolamento pontificio e la legge toscana, che hanno servito di guida nella compilazione del codice vigente, partono dal concetto che i beni sottoposti all'ipoteca siano per fatto sopravvenuto, indipendente dalla volontà e dal modo di agire del debitore, periti o deteriorati in modo da essere divenuti insufficienti alla garanzia del credito; contemplando unicamente questa eventualità, dànno al creditore il diritto di agire; soltanto è diversa nei due sistemi l'azione concessa al creditore; nel primo, cioè nel sistema del Codice francese, il creditore ha diritto di domandare l'immediato pagamento del credito e il debitore non ha, per sospendere l'esercizio dell'azione relativa, altro mezzo esperibile che l'offrire il supplemento di garanzia; nel secondo, invece, il creditore non può che domandare questo supplemento, e soltanto nel caso in cui non gli venga accordato, sorge in lui il diritto di ottenere pagamento del credito, sebbene il termine stabilito a favore del debitore non sia peranche venuto a scadere.

Il sistema adottato dal legislatore nostro è senza dubbio da preferirsi, perchè distingue nettamente il caso in cui la insufficienza della ipoteca deriva da caso fortuito o da forza maggiore, da quello in cui deriva invece dal fatto stesso del debitore: nel primo caso si applica la disposizione in esame, nel secondo l'interesse del creditore è sufficientemente tutelato dal generale disposto dell' art. 1176 Cod. civ. pel quale il debitore non può più re-

---

aver posto la regola generale del non poter essere ipotecati i beni futuri vi derogava con l' art. 2130 sopra riportato (POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 242 in nota). Questa disposizione, che rendeva illusorio il divieto d' ipotecare i beni futuri, giustamente censurata dagli scrittori francesi, fu abolita, come si disse, nel Belgio con la legge ipotecaria 16 decembre 1851 ed anco in Francia ne fu proposta l'abolizione all'epoca in cui fu studiata la riforma ipotecaria rimasta sospesa col progetto Vatimesnil.

clamare il beneficio del termine se ha diminuito per fatto proprio le cautele date al debitore (1).

255. Le osservazioni fatte di sopra sul diverso tenore delle disposizioni del Codice civile francese e del vigente a proposito della sopravvenuta insufficienza della garanzia ipotecaria, dimostrano il fondamento razionale delle disposizioni stesse, il quale in altro non consiste che nella presunta intenzione delle parti contraenti; il creditore non ha inteso di correre la fiducia del debitore; ha voluto invece una garanzia reale, che il debitore gli ha volontariamente concesso; la sopravvenuta insufficienza di questa garanzia altera la situazione respettiva delle parti; il creditore non avrebbe concesso il suo credito, o non l'avrebbe concesso a lungo termine, se avesse potuto prevedere siffatto avvenimento; occorre dunque che il debitore sostituisca una garanzia nuova a quella che è divenuta insufficiente; ove non lo faccia, manca la base del rapporto giuridico ed il creditore è perciò autorizzato a reclamare il pagamento di ciò che gli è dovuto.

Non è dunque per un supposto principio di equità, come taluni hanno ritenuto (2), che il legislatore concede il diritto in esame, ma in ossequio alla presunta intenzione dei contraenti ed

---

(1) L'illustre MIRABELLI nel suo pregevole trattato esprime la opinione che l'art. 1980 Cod. civ. sia da applicare tanto nel caso in cui il perimento o la deteriorazione dell'immobile ipotecato avvengano per caso fortuito, quanto nell' altro in cui avvengano per fatto del debitore (pag. 62); ma la erroneità di questa opinione si fa manifesta, per poco che si considerino attentamente i due articoli 1176 e 1980 Cod. civ. e il diverso diritto accordato al creditore nei due casi in essi contemplati.

I due casi, nettamente separati nel Codice vigente, sono congiuntamente contemplati dal Codice civ. gen. austriaco il quale al § 458 così dispone: « Se il valore del pegno o per colpa di chi l'ha costituito, o per un difetto della cosa manifestatosi posteriormente, non si trova più sufficiente per garantire il credito, ha diritto il creditore di esigere dal medesimo un altro proporzionato pegno ». Cons. su ciò CARABELLI, *op. cit.*, I, § XVI.

(2) Segnatamente il PONT, *op. cit.*, XI, 689.

alla legge del contratto: il creditore ha accordato il suo credito a condizione di ottenere una ipoteca; non l'avrebbe accordato senza di questa; se l'ipoteca vien meno, il debitore non può rifiutargli un supplemento di garanzia (1).

256. Prima di scendere ad esaminare la disposizione dell'articolo 1980 Cod. civ. per argomentarne in quali casi si applica e quali sono i suoi effetti, è necessario investigare se essa sia dettata unicamente per le ipoteche convenzionali, come resulterebbe dalla sede assegnatale dal legislatore, o se possa dal creditore essere invocata anco nel caso in cui l' ipoteca spetti al medesimo in virtù di legge o di sentenza, specialmente nella ipotesi che sulle istanze del debitore sia stata ristretta a determinati beni secondo le disposizioni degli art. 2024 e seg. Cod. civ.

Diciamo subito che quanto alle ipoteche giudiziali il dubbio non ha ragione di sussistere, di fronte alla disposizione dell'articolo 1986 Cod. civ. pel quale è concessa al creditore la facoltà di estendere la iscrizione ai beni futuri a misura che essi pervengono nel debitore. Iscritta l' ipoteca sopra determinati beni in virtù di una sentenza di condanna, o ristretta sopra determinati beni riputati sufficienti a norma dell' art. 2027 Cod. civ., e verificandosi poi il caso che i beni ipotecati periscano o si deteriorino in

(1) LAURENT, *op. cit.*, XXX, 516 e, sulla scorta di lui, PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 168 il quale ha felicemente formulato il motivo della legge: « La deroga al diritto comune è da alcuni giustificata con considerazioni di equità. Ci sembra più prossimo al vero l'attribuire tale deroga all' intenzione tacita dei contraenti. Quando io ti faccio credito, fidente non già nella tua condizione personale, sibbene nella garanzia reale che mi prometti e dài, è naturale, non meno che legittimo, di ritenere che, venuta meno la garanzia reale, debba venir meno il mio credito, quasi se lo avessi fatto sotto la condizione risolutiva che i beni sottoposti ad ipoteca non divenissero insufficiente garanzia per perimento o deteriorazione. E ridotte a questo stato le cose , o nuova garanzia reale, perchè il mio credito a tuo favore continui, o pagamento di quanto mi devi per risoluzione del contratto ».

modo da non rappresentare pel creditore una adequata garanzia, questi per ottenere il supplemento non ha bisogno di ricorrere allo speciale rimedio dell' art. 1980 Cod. civ.: posto che il debitore possegga altri beni, può valersi della primitiva sentenza per iscrivere sopra di questi una nuova ipoteca; la sentenza che avesse ridotto la originaria iscrizione non sarebbe di ostacolo, perchè il diritto di domandare la riduzione dell'ipoteca eccessiva non paralizza il diritto del creditore di prendere iscrizione sui beni futuri; il magistrato giudica volta per volta della sufficienza della garanzia, tenuto conto del valore dei beni ipotecati nel momento in cui è proposta la domanda di riduzione; in altri termini, le sentenze che sulle istanze dei debitori restringono l'ipoteca giudiziale a determinati beni, non hanno forza di cosa giudicata di fronte alla ipotesi del perimento o della deteriorazione dei beni ipotecati; il fatto sopravvenuto rende legittima la nuova iscrizione presa dal creditore e per conseguenza infondata la nuova azione di riduzione che il debitore fosse per proporre.

Per ciò che attiene alla ipoteca giudiziale è anche da osservare che questa, salvo casi gravissimi, è iscritta a garanzia di crediti scaduti, esigibili perciò a piacimento del creditore; di fronte alla ipotesi del perimento o della deteriorazione dei beni ipotecati, il creditore non ha per conseguenza bisogno di valersi della disposizione dell'art. 1980 Cod. civ. per domandare un supplemento di ipoteca; egli può valersi del rimedio più efficace che consiste nel reclamare l' immediato pagamento del suo credito con l' esercizio dell' azione ipotecaria.

257. Un dubbio intorno alla possibilità d' invocare in caso di perdita o di deterioramento dei beni ipotecati la disposizione dell'art. 1980 Cod. civ., può sorgere per certe ipoteche legali.

Gli scrittori francesi propendono a ritenere che quando queste sono state per convenzione o per sentenza limitate a determinati beni, la perdita o il deterioramento che si verifichino nei medesimi dànno diritto d' invocare la disposizione dell' art. 2131 Cod.

franc., corrispondente, nel suo obiettivo se non nei suoi precisi effetti, a quella del Codice nostro che stiamo esaminando (1). Ma questa opinione, fondata sulla circostanza che nel sistema del Codice francese l' ipoteca legale colpisce la generalità dei beni del debitore, e solo per eccezione e per espressa volontà delle parti o del giudice ristretta a determinati beni, non è a parer nostro meritevole di accoglienza sotto l' impero del Codice vigente, che fa della specialità una condizione essenziale di qualunque ipoteca, convenzionale, legale o giudiziale che sia.

Il diritto di domandare un supplemento d' ipoteca quando si verifica la perdita o il deterioramento dei beni ipotecati, è diritto inerente alla origine convenzionale della ipoteca; quando questa nasce dal disposto della legge, l' art. 1980 Cod. civ. non è applicabile, nè per la sua sede, nè pel suo scopo. Altri rimedi sono concessi al creditore nel caso in cui per fatto sopravvenuto vengano meno le garanzie da lui ottenute.

Quanto alla ipoteca legale iscritta per sicurezza della dote, provvede l'art. 1400 capov. Cod. civ. disponendo, che se dopo il matrimonio sia sopraggiunto nel patrimonio del marito un trasformamento o una diminuzione per cui venga la dote ad essere in pericolo, il tribunale civile può ordinare le cautele opportune per la sua sicurezza; fra i casi contemplati da questo articolo rientra indubbiamente quello della perdita o del deterioramento dei beni ipotecati, che è precisamente caso di trasformamento sopraggiunto nel patrimonio del marito, o per lo meno di diminuzione; se pertanto il legislatore ha provveduto alla sicurezza della dote con la disposizione dell' art. 1400 capov. Cod. civ., è logico inferirne che l' art. 1980 dello stesso Codice non è applicabile a questo caso. Non varrebbe obiettare che le speciali cautele di cui al citato articolo 1400 possono essere ordinate soltanto sulle istanze di chi, avendo costituita la dote od essendone debitore, è nel novero delle

(1) Pont, *op. cit.*, XI, 700 con gli autori che cita.

persone che sarebbero tenute alla prestazione degli alimenti; la legge provvede alla sicurezza della dote anche con l'istituto della separazione giudiziale (art. 1418 e segg. Cod. civ.); e fra i casi nei quali la separazione può essere domandata, è compreso quello in cui la dote sia in pericolo, come appunto avviene per la perdita o pel deterioramento dei beni ipotecati in virtù dell'articolo 1969 n. 4 Cod. civ.

Per ciò che attiene alla ipoteca concessa dall'art. 1969 n. 3 Cod. civ. al minore e all'interdetto sui beni del tutore, provvede al sopravvenuto cangiamento nei beni ipotecati l'art. 293 Cod. civ., disponendo che il consiglio di famiglia può, nel progresso della tutela, estendere l'iscrizione dell'ipoteca a beni non colpiti precedentemente e richiedere un supplemento di cauzione in aumento di quella originariamente prestata: verificandosi pertanto la ipotesi prevista nell'art. 1980 Cod. civ. chi è per legge chiamato a curare l'interesse del minore e dell'interdetto, in conflitto col tutore, non ha bisogno di promuovere l'azione di supplemento di ipoteca concessa dal citato articolo; una deliberazione del consiglio di famiglia, debitamente omologata dal tribunale, basta per costringere il tutore a consentire un supplemento d'ipoteca ove gli piaccia di continuare nell'ufficio tutelare.

La ipoteca legale dello Stato di cui è parola nell'art. 1969 n. 5 Cod. civ., potendo essere iscritta sui beni che il condannato possiede al momento della condanna indipendentemente dal consenso del debitore, può senza questo consenso essere estesa ad altri quando i beni originariamente ipotecati siano divenuti insufficienti alla sicurezza del credito; anco qui non occorre ricorrere allo speciale rimedio dell'articolo in esame, il quale è proprio della ipoteca convenzionale.

Restano i casi d'ipoteca legale contemplati nei n. 1 e 2 dell'art. 1969 Cod. civ., nei quali l'applicazione dell'art. 1980 dello stesso Codice potrebbe spiegare effetto utile, dato che i beni originariamente ipotecati divenissero per sopravvenuta perdita o per

sopravvenuto deterioramento insufficienti alla sicurezza del credito garantito per disposto di legge; a noi par certo che la disposizione dell'art. 1980 Cod. civ. non sia per essi invocabile, specialmente perchè la legge indica quali sono i beni colpiti da queste ipoteche vietando di estenderle a beni diversi. La disposizione dell'art. 1980, che è di natura eccezionale, non può estendersi oltre il caso in essa espresso, e il caso in essa espresso è quello in cui la ipoteca è costituita per convenzione, non quello in cui è iscritta per disposto di legge. La legge assegna come preciso obiettivo della ipoteca del venditore e di ogni altro alienante i beni alienati; della ipoteca del condividente i beni caduti nella comunione; se questi periscono o si deteriorano in modo da divenire insufficienti alla sicurezza del creditore, non può esser lecito estendere la ipoteca a beni diversi, mentre la perdita o il deterioramento ha colpito propriamente quei beni che formavano oggetto della garanzia.

D'altra parte è a considerare che il resto di prezzo garantito con l'ipoteca legale dell'alienante è generalmente assai inferiore al valore totale dei beni alienati; e che l'ammontare del rifacimento o conguaglio dovuto in caso di divisione è sempre minimo di fronte al valore della quota assegnata al condividente debitore; la perdita e il deterioramento che si verifichino nei beni ipotecati, difficilmente possono esser tali da renderli insufficienti alla sicurezza del credito; la non applicabilità dell'art. 1980 Cod. civ. non può quindi cagionare nella pratica dannose conseguenze.

258. Venendo adesso ad esporre in quali casi riceve applicazione l'art. 1980 Cod. civ., osserviamo in primo luogo che gli scrittori generalmente si trovano concordi nel ritenere che per autorizzare il creditore all'esercizio dell'azione speciale concessa da quest'articolo occorre che l'esazione del credito sia sospesa dalla pendenza di un termine (1); se infatti il debito fosse sca-

---

(1) PONT, *op. cit.*, XI, 691; POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 243; PACIFICI-MAZZONI, *op.*, *cit.*, I, 168.

duto, la domanda di un supplemento d'ipoteca, la quale si risolve nel diritto di ripetere il pagamento immediato del credito ove il supplemento non sia concesso, non avrebbe nella maggior parte dei casi un effetto utile, imperocchè il creditore avrebbe già diritto al pagamento indipendentemente dal rifiuto dell' ipoteca supplementare (1).

Il Pont riferisce a questo riguardo un caso pratico risoluto dalla Corte d'appello di Parigi, la quale ebbe a revocare una sentenza del tribunale della Senna che aveva obbligato la corrispondente disposizione del Codice francese, mentre, il credito essendo scaduto, il creditore non aveva interesse nè facoltà di valersene; la Corte disse che la insufficienza della garanzia ipotecaria sopravvenuta quando il credito è scaduto non autorizza il creditore a domandare un supplemento d' ipoteca, mentre la esigibilità del credito rende possibile a lui di ottenere una sentenza di condanna, che produce ipoteca giudiziale su tutti i beni presenti e futuri del debitore (2).

La suesposta opinione ci sembra da accogliere; il creditore stipula bene spesso il termine in proprio favore ed ha per conseguenza interesse ad ottenere un supplemento d'ipoteca piuttostochè a reclamare l'immediato pagamento del suo credito; ma ciò nella ipotesi che il credito non sia scaduto; se il credito è scaduto, e perciò esigibile, l'azione per ottenere un supplemento d'ipoteca non è giuridicamente ammissibile, nè potrebbe spiegare utile effetto: se il debitore non possiede altri beni da ipotecare, l'azione resterebbe inefficace; se ne possiede, il creditore potrà, ottenendo una sentenza di condanna, colpirli con la ipoteca giudiziale.

Il possesso di un titolo esecutivo in virtù del quale potrebbe immediatamente esercitarsi l'azione ipotecaria sui beni originariamente vincolati per la sicurezza del credito, non sarebbe di osta-

(1) Pacifici-Mazzoni, *loc. cit.*

(2) Sentenza del 6 aprile 1850, *Journ. du Pal.*, 1850, I, 595.

colo alla citazione del debitore in via ordinaria per ottenere una sentenza di condanna contro di lui: la sopravvenuta insufficienza della garanzia convenzionale portata dal titolo, legittimerebbe la citazione del debitore. L'art. 2080. Cod. civ. autorizza il creditore a far subastare senza il consenso del debitore immobili che non sono ipotecati a suo favore quando i beni ipotecati pel suo credito sono insufficienti; a più forte ragione la insufficienza dei beni ipotecati autorizza il creditore, che potrebbe agire in via esecutiva, ad agire invece in via ordinaria, per procurarsi, mediante la sentenza di condanna, la possibilità di estendere l'ipoteca ad altri beni.

259. Osserviamo in secondo luogo che la perdita e il deterioramento dei beni ipotecati, e la conseguente insufficienza della garanzia, occorre che sopravvengano dopo la costituzione della ipoteca. Se la garanzia era fino da principio insufficiente, se i beni ipotecati erano periti e deteriorati fino dal momento in cui l'ipoteca fu consentita ed accettata, il creditore non avrebbe diritto di esercitare l'azione accordata dall'articolo in esame; l'articolo parla di beni divenuti insufficienti alla sicurezza del creditore, alludendo con ciò ad un fatto posteriore al contratto. Non varrebbe allegare che il creditore ignorava la insufficienza della garanzia; che in buona fede la ritenne sufficiente; che gli furono occultati il parziale perimento e lo stato di degradazione dei beni ipotecati; egli dovrebbe imputare a sè stesso il danno al quale sarebbe esposto, avendo trascurato le norme della più volgare prudenza che suggerivano di verificare lo stato dei beni assunti in garanzia del credito accordato; essendosi accontentato di una ipoteca insufficiente, ha corso in certo modo la fiducia del debitore; non può per con seguenza pretendere un supplemento d'ipoteca, che nessun fatto sopravvenuto l'autorizza a richiedere (1).

---

(1) PONT, *op. cit.*, I, 693; LAURENT, *op. cit.*, XXX, 518; PACIFICI-MAZZONI, I, 168; POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 243.

260. La legge parla di perimento o di deteriorazione, intendendo evidentemente di alludere ad un fatto materiale, che alteri la stessa sostanza dei beni ipotecati; la diminuzione di valore proveniente da cause estrinseche, per quanto permanenti, non autorizzerebbe il creditore a domandare il supplemento d'ipoteca ed in mancanza l'immediato pagamento del credito (1).

Osserva a questo proposito il Laurent (2), che le rivoluzioni, le crisi industriali, le guerre, diminuiscono spesso il valore della proprietà fondiaria; che dei lavori pubblici, delle nuove vie di comunicazione, aumentando la prosperità e la ricchezza in una parte del territorio, producono l'effetto opposto in altre parti rendendo deserte delle vie che prima erano frequentatissime: sono eventi che possono equipararsi a perdita parziale, ma il legislatore non ne tiene conto, perchè non possono dirsi puramente accidentali come la perdita materiale; questa non può ragionevolmente essere prevista dal creditore, il quale d' altro canto non può ignorare, che mentre di regola gl'immobili aumentano di valore, possono sopravvenire dei fatti che cagionano un deprezzamento; egli deve per conseguenza essere cauto ed esigere una garanzia che si mantenga sufficiente, malgrado che i beni ipotecati diminuiscano di valore. Se non lo fa, è in colpa; ed il diritto e l'equità non consentono che il debitore sia reso responsabile di un fatto, che deve essere attribuito alla impreveggenza od alla soverchia correntezza del creditore.

Per l'applicazione dell'articolo in esame occorre dunque ricorrere alla ipotesi che la perdita o il deterioramento consistano in una materiale diminuzione nella sostanza stessa dei beni ipotecati: l'azione delle acque correnti diminuisce notevolmente la estensione superficiale del fondo, l'uragano schianta ed abbatte le

---

(1) Genova, 23 marzo 1886, *Eco di giurispr.*, X, I, 161, nonchè gli scrittori citati alla nota precedente.

(2) *Op. cit.*, XXX, 517.

piante d'alto fusto che ne costituiscono il massimo elemento di produzione, la lava del vulcano lo ricopre e lo rende infecondo, l'incendio distrugge l'edifizio che vi si trova, l'inondazione converte in ghiareto o in alveo di fiume un terreno lavorativo; in tutti questi casi può domandarsi dal creditore il supplemento d'ipoteca, semprechè il danno sia così rilevante da cagionare insufficienza della garanzia.

La ipotesi dell'incendio merita speciale considerazione, in vista dello speciale disposto dell'art. 1951 Cod. civ. (1); se gl'immobili ipotecati sono assicurati dai danni del fuoco per somma sufficiente, il creditore che ha diritto alle somme dovute dagli assicuratori, vincolate per legge al soddisfacimento del suo credito, non potrebbe togliere occasione dal sinistro verificatosi per domandare un supplemento d'ipoteca al quale non avrebbe alcun diritto.

Lo stesso sarebbe a dirsi nel caso di servitù legale, o di espropriazione forzata per utilità pubblica, o di affrancazione o devoluzione di diritti enfiteutici: verificandosi uno di questi eventi, la ipoteca si risolve sul prezzo che viene surrogato alla cosa, il creditore non risente danno e non può per conseguenza valersi dello speciale rimedio concesso dall'art. 1980 Cod. civ.

261. Occorre poi che il perimento o la deteriorazione siano di tale entità da rendere insufficiente la garanzia che dapprima era bastante ad assicurare al creditore il conseguimento di ciò che gli è dovuto. Una perdita parziale nella sostanza dei beni ipotecati, che non ponesse in serio pericolo la sicurezza del credito, non sarebbe titolo per domandare il supplemento.

L'onere della prova spetterebbe indubbiamente al creditore, secondo la regola generale scritta nell'art. 1312 Cod. civ.; e dovrebbe essere fornita mediante perizia, ove la insufficienza della

(1) L'art. 1951 Cod. civ. fu da noi convenientemente illustrato nel trattato *Dei privilegi*, n. 44 e seg.

garanzia non resultasse, indipendentemente da ogni mezzo probatorio, dalla entità della perdita avvenuta (1).

La perdita totale dei beni ipotecati dà indubbiamente diritto di domandare il supplemento; quanto alla perdita parziale la legge non dice quale deve essere la sua entità perchè possa farsi luogo al supplemento; ma il giudice, chiamato a pronunziarsi sopra una domanda di questa natura, può trarre un criterio per formulare il suo giudizio da quanto dispone l' art. 2037 Cod. civ. in materia di riduzione delle ipoteche. Invero se « il valore dei beni è riputato eccedente, quando supera di un terzo l' importare dei crediti iscritti accresciuto degli accessorii a norma dell'art. 2010 », è manifesto che dovrà riputarsi deficiente quando la perdita verificatasi ha fatto discendere lo stesso valore al di sotto di questo limite, prima superato. Che se, non ostante la perdita, il valore dei beni desunto da giudiciale perizia superasse sempre di un terzo l'ammontare del credito, accresciuto degli accessorii calcolati a norma dell' art. 2010 Cod. civ., la domanda del creditore, per ottenere un supplemento d'ipoteca, ed in mancanza l' immediato pagamento del credito, non potrebbe essere accolta dal magistrato, perchè si risolverebbe in una ingiusta molestia arrecata al debitore, non giustificata da un legittimo interesse (2).

262. Occorre finalmente che il perimento o la deteriorazione dipendano da caso fortuito o da forza maggiore, non dal fatto proprio del debitore: alla sopravvenuta insufficienza della ipoteca dipendente dal fatto del debitore, è provveduto, come di sopra osser-

---

(1) Carabelli, *op. cit.*, I, § XVI, n. 5; Grenier, *op. cit.*, 64; Troplong, *op. cit.*, 541.

(2) Anco il Carabelli, esaminando nel luogo citato l' identica questione. ritiene che la insufficienza posteriormente manifestata nell'ipoteca convenzionale si debba computare col criterio fornito dal § 1274 Cod. civ. gen. austriaco: « Ninno è tenuto a ricevere in pegno a titolo di cauzione una cosa per un valore maggiore della metà, nè un fondo... per un valore maggiore di due terzi della stima ». V. articoli 1905, 1921 Cod. civ.

vammo, con la disposizione dell' art. 1176 Cod. civ., la quale comprende, nella sua generalità, anco il caso della perdita e del deterioramento dei beni ipotecati, quando non dipendono da caso fortuito o da forza maggiore, bensì dal fatto del debitore (1).

Se pertanto il debitore, dopo aver costituito la ipoteca a garanzia del suo debito, depauperasse notevolmente i beni ipotecati, atterrando piante d'alto fusto non destinate ad essere atterrate e non distribuite in tagli regolari, od altrimenti alterandone la sostanza, il creditore può senz'altro domandare il pagamento di ciò che gli è dovuto, senza che al debitore sia lecito contrastare la domanda invocando il benefizio del termine.

La domanda di supplemento d'ipoteca non sarebbe in siffatta circostanza ammissibile, potendo il creditore provvedere alla tutela del suo interesse con la trascrizione del precetto immobiliare e col provocare la nomina di un sequestratario giudiziale diverso dal'debitore, che per le compiute malversazioni sarebbe evidentemente indegno di coprire egli stesso il delicato ufficio (art. 2085 Cod. civ.).

Che se il creditore non volesse reclamare l' immediato pagamento del suo credito, per essere il termine stipulato anche in suo favore, e non credesse per conseguenza opportuno di porre l'immobile ipotecato sotto sequestro mediante la trascrizione del precetto immobiliare, sarebbe in sua facoltà di chiedere in via principale il sequestro giudiziario dell'immobile stesso; mentre infatti per l'art. 1875 Cod. civ. può essere ordinato il sequestro giudiziario di quelle cose, mobili o immobili, la cui proprietà o il cui possesso sia controverso fra due o più persone, o di quelle che un debitore offre per la sua liberazione, l'art. 921 del Cod. di proc. civ. con formula molto più lata, così dispone : « Oltre i casi indicati nell' art. 1875 Cod. civ. l' autorità giudiziaria può, sulla

---

(1) Art. 1176 Cod. civ.: « Il debitore non può più reclamare il benefizio del termine se è divenuto non solvente, o se per fatto proprio ha diminuito le cautele date al creditore, ovvero non gli ha dato le cautele promesse ».

domanda della parte interessata, ordinare il sequestro di una cosa mobile, o di un immobile, quando siavi pericolo di alterazione, sottrazione o deteriorazione ». A tenore di questo articolo, perchè il sequestro possa essere ordinato, non occorre adunque che vi sia controversia sulla proprietà o sul possesso; basta avere interesse alla conservazione della cosa, e perciò danno dal suo deterioramento: parlando degli effetti della ipoteca dimostreremo che il creditore ipotecario può valersi della disposizione citata per ottenere il sequestro giudiziario dell'immobile ipotecato, quando questo subisca alterazioni o deterioramento pel fatto del debitore; in questa sede ci limitiamo a far cenno di tale diritto del creditore, per la stretta affinità che il diritto stesso presenta con l'azione speciale concessa dall'art. 1980 Cod. civ. (1).

Taluno insegna che anche quando il perimento o la deteriorazione avvengano per fatto proprio del debitore la domanda di supplemento d'ipoteca non può essere seriamente contrastata (2);

---

(1) La Corte d'appello di Perugia con sentenza 5 luglio 1878 (*Giurispr. it.*, XXXI, II, 33) negò al creditore ipotecario il diritto di domandare il sequestro giudiziario dei beni ipotecati a suo favore; si trattava di un caso in cui il debitore, dopo aver tolto danaro a mutuo dalla Banca popolare di Alessandria per l'acquisto di un tenimento, lo depauperava abbattendo senza posa alberi di alto fusto. La erroneità della sentenza della Corte fu dimostrata largamente dal VITA LEVI in una nota critica apposta alla suddetta decisione. La Corte di cass. di Roma in un caso consimile ritenne addirittura che il debitore non potesse validamente alienare le piante d'alto fusto in pregiudizio del creditore iscritto (sentenza del 20 febbraio 1885, *Foro ital.*, X, I, 197); la importante questione sarà da noi trattata a suo luogo parlando della estensione della ipoteca agli accessori (V. più oltre n. 298). V. ancora Ancona, 24 agosto 1868, *Annali di giur. it.*, III, 179, e segnatamente Milano, 24 ottobre 1868, *Monit. trib. Mil.*, X, 19 che disse poco meno che assurda la domanda di sequestro giudiziario dell'immobile ipotecato quando questo è già sottoposto a sequestro per essere stata eseguita la trascrizione.

(2) Oltre il MIRABELLI, già citato di sopra, è di questa opinione il PACIFICI-MAZZONI (*op.* e *loc. cit.*, pag. 366), il quale in proposito così si esprime:

ma se questo è vero di fronte all'art. 2131 del Cod. francese, che dà al creditore il diritto di domandare l'immediato pagamento del credito, lasciando al debitore la facoltà di liberarsi da tale domanda con la offerta di un supplemento d'ipoteca, non è egualmente vero di fronte al nostro art. 1980, che pone in prima linea il diritto al supplemento, concedendo il diritto al pagamento immediato nel solo caso in cui non sia dato di ottenere il supplemento medesimo. Avvertimmo già che la disposizione del codice nostro è sostanzialmente diversa da quella del codice francese; in questo gli art. 2151 e 1188 hanno lo stesso obbiettivo; in quello gli art. 1980 e 1176 hanno invece un obbiettivo diverso; soltanto per non avere sufficientemente avvertito questa differenza, che presenta il codice nostro di fronte al francese, i due casi si sono potuti identificare, insegnando che può essere domandato il supplemento d' ipoteca quando la perdita o il deterioramento dei beni ipotecati dipendono dal fatto colposo o doloso del debitore.

Non ci arresta la considerazione che ammettendo il contrario concetto viene ad essere in facoltà del debitore di costringere il creditore ad esigere in anticipazione il pagamento del suo credito; il debitore non può farlo che a prezzo dell' azione esecutiva; e poichè il creditore può con una sentenza di condanna procurarsi

---

« In vero il testo dell'art. 1980, nella sua dizione generale ed assoluta, non subordina tal diritto alla condizione che l' insufficienza sia sopravvenuta per caso fortuito o forza maggiore. Dall'altro canto il fatto o la colpa del debitore offre motivo maggiore in sostegno di tale diritto del creditore; poichè altrimenti sarebbe rimesso all'arbitrio del debitore o di sminuire impunemente le garanzie ipotecarie, o di costringere il creditore ad esigere in anticipazione il pagamento del credito, non può respingere la domanda dichiarandosi pronto a supplire alla sopravvenuta insufficienza della ipoteca data, giacchè il creditore, valendosi all'art. 1176, può impedirgli di reclamare il beneficio del termine. Insomma quando il debitore ha diminuito per fatto proprio la garanzia ipotecaria, il creditore può, a sua scelta, valersi dell'articolo 1980 per domandare il supplemento d'ipoteca, o dell'art. 1176 per chiedere il pagamento del credito ».

una ipoteca giudiziale, se il debitore possiede beni che ne siano suscettivi, non ci sembra che la situazione del creditore sia resa peggiore dalla soluzione da noi accolta. D'altronde la legge dichiara, in termini generalissimi e applicabili a tutti i casi possibili, quali sono gli effetti della diminuzione arrecata alle date cautele per fatto proprio del debitore, nè è lecito attribuire a tale diminuzione un effetto diverso, quando le cautele consistono in un'iscrizione ipotecaria. Ed è proprio da osservare che l'art. 1980 Codice civile, limitando alla domanda di supplemento di garanzia il diritto del creditore, è a lui più favorevole dell'art. 1176 che lo dichiara decaduto dal benefizio del termine; questo maggior favore si spiega appunto col tenere distinti i due casi, ammettendo la conseguenza più rigorosa quando le cautele sono diminuite per fatto proprio del debitore, la meno rigorosa quando la perdita o il deterioramento dipendono da caso fortuito o da forza maggiore.

Se il creditore non ha interesse di esigere l'immediato pagamento del suo credito, per essere utile l'impiego del suo danaro, e per non essere disposto a perdere il benefizio del termine stipulato in suo favore, di fronte alla perdita o al deterioramento derivanti dal fatto del debitore, egli può domandare il sequestro giudiziario dei beni ipotecati, come più sopra è stato accennato. Di fronte a una domanda di sequestro giudiziario, il debitore si trova costretto a offrire egli stesso, ove sia in grado di darlo, quel supplemento di garanzia, che a parer nostro non potrebbe essergli legittimamente domandato in virtù dell'art. 1980 Cod. civ. (1).

263. Visti così quali sono i casi nei quali può dal creditore

(1) Alla opinione da noi propugnata nel testo sembra si accosti il POCHINTESTA (*op. cit.*, I, 243) il quale osserva che se il fondo ipotecato fosse perito o deteriorato per fatto o per colpa del debitore, sarebbe applicabile l'art. 1176 Cod. civ. I due casi sono tenuti nettamente distinti dal RICCI (*Diritto civile*, X, 197); non così dal BORSARI (*Commento*, § 4212), il quale ritiene che fra gli art. 1176 e 1980 esista una corrispondenza, che è contraria tanto alla loro lettera quanto allo spirito che li informa.

essere invocata la disposizione in esame, scendiamo adesso a studiarla nei suoi effetti. Questi sono nettamente precisati dalla legge, la quale dispone che il creditore ha diritto a un supplemento d'ipoteca e in mancanza al pagamento del suo credito. Verificandosi pertanto la perdita o il deterioramento dei beni ipotecati per caso fortuito o per forza maggiore, il creditore potrà convenire in giudizio il debitore; e dopo aver provato la sopravvenuta insufficienza della garanzia ipotecaria, potrà ottenere la di lui condanna a prestare il supplemento d' ipoteca entro un termine da stabilirsi nella sentenza, con dichiarazione che ove il debitore nel termine assegnatogli non ottemperi a questa sua obbligazione, il creditore sarà nel diritto di esigere l'immediato pagamento del suo credito, perchè l'inadempimento importa decadenza dal benefizio del termine per disposto di legge; il creditore potrebbe anche domandare la condanna *nunc pro tunc* al pagamento del debito ove il supplemento d' ipoteca non sia prestato; la sentenza proferita in questo senso gli servirebbe di titolo per iscrivere una ipoteca giudiziale, quando il debitore non ottemperasse alla obbligazione impostagli di garantirlo con un supplemento d'ipoteca convenzionale.

Se poi il debitore, non ostante il giudicato che lo condanna a consentire l'ipoteca suppletiva, non la consentisse, e non avesse beni sui quali potesse essere iscritta la ipoteca giudiziale, al creditore non rimarrebbe aperta altra via, che reclamare l'immediato pagamento del suo credito, valendosi di tutti i mezzi di esecuzione ammessi dalla legge. In primo luogo gli spetterà l' azione ipotecaria sui beni originariamente vincolati per sicurezza del credito; per quanto periti o deteriorati avranno pure qualche valore, perchè in fatto d'immobili il perimento totale che produce estinzione della ipoteca (art. 2029 n. 2 Cod. civ.) si verifica difficilmente; ove l'azione ipotecaria resulti insufficiente, il creditore potrà ricorrere alla esecuzione mobiliare, e agli altri mezzi coercitivi che

la legge consente per assicurare l'adempimento delle contratte obbligazioni.

264. Il supplemento d' ipoteca di cui è parola nell' articolo in esame, è un'ipoteca nuova, affatto indipendente nella sua origine e nei suoi effetti da quella primitiva, benchè diretta a garantire lo stesso credito; essa deve per conseguenza essere consentita ed iscritta separatamente, e prende grado, come ogni altra ipoteca, dal giorno della sua iscrizione; può quindi essere costituita non soltanto sopra i beni che il debitore possedeva al tempo in cui concesse la ipoteca originaria, ma anche sopra i beni che acquistò posteriormente; non è di ostacolo il divieto di costituire ipoteca convenzionale sui beni futuri (art. 1977 Cod. civ.), perchè non deve aversi riguardo al tempo in cui ebbe vita il credito, ma al tempo in cui l'ipoteca è consentita.

Scopo del supplemento d' ipoteca è il ristabilire la sicurezza del credito nei precisi termini in cui si trovava prima che avvenisse la perdita parziale o totale dei beni ipotecati; il creditore potrebbe non contentarsi di una garanzia minore, ma non potrebbe esigerne una maggiore; se quindi la garanzia ipotecaria fosse stata fino da principio insufficiente, potrebbe esigere un supplemento d'ipoteca che la ristabilisse tale quale era prima della diminuzione sopravvenuta; ma non potrebbe togliere a pretesto questa diminuzione per ottenere una garanzia maggiore di quella di cui erasi accontentato quando ebbe vita il rapporto giuridico; se fosse stata originariamente esuberante, potrebbe pretendere un supplemento di ipoteca che lo fosse egualmente; se dal momento in cui la primitiva ipoteca fu costituita le parti intesero, e concordemente vollero, che fosse esuberante la garanzia, tale deve rimanere malgrado il fatto sopravvenuto; diversamente si alterano i termini del rapporto giuridico ed il creditore è nel diritto di ripetere l' immediato pagamento di ciò che gli è dovuto (1).

(1) Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, I, 168, p. 368: « Il supplemento, secondo che ci sembra, deve esser tale da ricostituire l' ipoteca in quella capienza di

Deriva da ciò che della sufficienza del supplemento d'ipoteca offerto dal debitore non può giudicarsi con criteri assoluti, come quelli fissati dal § 1374 Cod. civ. gen. austr., che dichiara sufficiente una cauzione in beni stabili quando ragguaglia ai due terzi o alla metà del credito garantito, o dall' art. 2027 Cod. civ. che reputa eccedente il valore dei beni quando supera di un terzo l'importare dei crediti iscritti accresciuto degli accessori; di tale sufficienza deve giudicarsi con criteri relativi, avendo riguardo alla intenzione manifestata dalle parti al momento in cui fu costituita la ipoteca convenzionale; quello che abbiamo detto di sopra, parlando dei criteri da seguirsi per determinare se la garanzia originaria possa dirsi divenuta insufficiente pel fatto sopravvenuto, non è di ostacolo alla soluzione ora proposta. Si dirà insufficiente la garanzia, quando è discesa al di sotto del terzo; ma non potrà dirsi in ogni caso sufficiente quando superi questo limite; se da principio il creditore aveva richiesto ed ottenuto una ipoteca corrispondente al doppio dell' ammontare del credito, ha diritto di esigere un supplemento che riporti la garanzia ipotecaria allo stesso limite.

Dal momento che la disposizione dell'art. 1980 Cod. civ. trae la sua ragione di essere dalla presunta intenzione delle parti contraenti, non si può ammettere una soluzione diversa. Consentita una ipoteca su beni che hanno un valore doppio dell'ammontare del credito, non potrà domandarsi il supplemento d' ipoteca, se malgrado la diminuzione, il valore dei beni resta sempre superiore di un terzo all'importare del credito, perchè la garanzia non è divenuta insufficiente; ma constatata la diminuzione al di sotto di

---

garanzia che aveva sino da principio, fosse insufficiente, sino da principio, o esuberantissima, poichè tale e non altra può essere stata l' intenzione delle parti. Esigerla maggiore, il creditore non può, perchè il fatto che i beni gravati siano periti o siansi deteriorati, non è causa legittima per cui debba migliorare la sua condizione; e il debitore per analoga ragione non può pretendere di darla minore ».

questo limite, e divenuta perciò insufficiente la garanzia, può esigersi che sia riportata al doppio, in omaggio alla concorde volontà dei contraenti, che in questo come in ogni altro caso ha forza di legge.

265. Nel titolo costitutivo della ipoteca le parti potrebbero prevedere il caso contemplato dall'art. 1980 Cod. civ. e regolarlo diversamente, fissando i termini nei quali potesse essere domandato il supplemento d'ipoteca; non può seriamente contrastarsi che le parti possano usare in siffatto modo della libertà contrattuale, che trova ostacolo soltanto nelle disposizioni proibitive, più o meno direttamente connesse con l'ordine pubblico, e nel diritto dei terzi. Le parti contraenti potrebbero ancora stipulare un patto in senso inverso, e pattuire che il debitore fosse nel diritto di domandare la riduzione della ipoteca, quando la medesima resultasse esuberante. La riduzione è di regola riservata per le ipoteche giudiziali e legali, che vengono iscritte senza che vi concorra la volontà del creditore; ma per consenso delle parti può pattuirsi che vi si debba far luogo anco se la ipoteca è costituita per convenzione, prevedendo determinate eventualità: non è di ostacolo l'articolo 2025 Cod. civ. che dichiara inammissibile la domanda di riduzione riguardo alla quantità dei beni se sia stata determinata per convenzione, perchè il legislatore presuppone che le parti, determinandola d'accordo, abbiano inteso di renderla invariabile, senza che sia interdetta la manifestazione di una contraria volontà (1).

---

(1) In questo senso un collegio di arbitri composto degl' illustri magistrati Paoli, Piccini e Puccioni, risolvendo parecchie questioni interessanti la eredità Moris, ebbe a decidere che « *il debitore il quale ipoteca più fondi, può convenire che egli avrà la facoltà di domandare, e il creditore avrà l'obbligo di consentire, il proscioglimento del vincolo per alcuni dei fondi istessi e la cancellazione della relativa ipoteca, se riesca a dimostrare che gli altri fondi sono sufficienti alla garanzia del credito* ». Il lodo arbitrale, che è del 20 aprile 1875, è riportato fra le sentenze delle Corti di cassazione negli *Annali di giurisp. it.*, IX, I, 1,

CAPO III

LA IPOTECA CONSIDERATA NEL SUO OGGETTO.

SOMMARIO

266. Divisione della materia.

266. Daremo compimento in questo capitolo al titolo I delle generalità in materia ipotecaria, studiando la ipoteca nel suo oggetto, cioè nei beni proprii del debitore o di un terzo sui quali il diritto reale può essere costituito; per rendere completo questo studio dovremo in separate sezioni esaminare quali beni siano suscettivi d'ipoteca, e come il diritto reale si estenda a tutti i miglioramenti ed anche alle costruzioni ed altre accessioni dell'immobile ipotecato: la prima sezione porgerà per tal modo il commento dell'art. 1967; la seconda quello dell' art. 1966 Codice civile.

Esaurita così la intera materia che ci siamo prefissi di aggruppare nel titolo delle generalità, e completato in pari tempo il volume primo, potremo nel volume secondo esporre in titoli successivi tutto ciò che ha riguardo alle formalità ipotecarie, agli effetti dell'ipoteca in confronto del debitore e del terzo possessore dell'immobile ipotecato ed alla estinzione totale o parziale del diritto reale d' ipoteca.

---

165. Abbiamo voluto ricordarlo, perchè sta a dimostrare la possibilità di regolare il caso del supplemento d'ipoteca diversamente da quello che fa l'art. 1980 Cod. civ.

SEZIONE I

BENI SUSCETTIVI D'IPOTECA.

SOMMARIO

267. Enumerazione di questi beni contenuta nell'art. 1967 Cod. civ.

267. Per l'art. 1967 Cod. civ. sono suscettivi d'ipoteca:

1. I beni immobili, che sono in commercio, coi loro accessori riputati come immobili;

2. L'usufrutto degli stessi beni coi loro accessori, ad eccezione dell'usufrutto legale degli ascendenti;

3. I diritti del concedente e dell'enfiteuta sui beni enfiteutici;

4. Le rendite sopra lo Stato, nel modo determinato dalle leggi relative al debito pubblico (1).

I beni mobili, ad eccezione delle rendite nominative iscritte

---

(1) Il Codice francese nel corrispondente art. 2018 contiene soltanto la indicazione ripetuta nei primi due numeri del nostro art. 1967; dell' ipoteca sui diritti nascenti dall'enfiteusi non era in esso fatta menzione, sebbene se ne parlasse nella legge ipotecaria dell' anno VII, perchè il Codice francese non riconosceva espressamente il contratto enfiteutico. Disponevano in conformità del Cod. franc. le leggi civ. napolet. art. 2004 (V. però art. 1690), e il Codice alb. art. 2168. Il Cod. parm. art. 2168, il Cod. est. art. 2159, il regol. pontif. art. 104, aggiunsero i diritti derivanti dalla enfiteusi. Diversamente concepito era il Cod. civ. gen. austr. che al § 448 così disponeva: « Si può dare in pegno qualunque cosa che sia in commercio. Se questa cosa è mobile, chiamasi in senso stretto pegno; se è immobile, dicesi ipoteca ». Il Codice albertino enumerava inoltre fra i beni capaci d'ipoteca le rendite sopra lo Stato e le piazze di causidico, di attuario, ed altre ancora esistenti, di proprietà privata, reputate immobili per lo speciale disposto dell'art. 407 dello stesso Codice (art. 2168 n. 5 e n. 4); la prima di queste disposizioni è passata dal Codice albertino nel Codice vigente e sarà da noi Commentata a suo luogo; la seconda fu necessariamente soppressa, essendo state svincolate in Piemonte le piazze privilegiate di procuratore, liquidatore, misuratore, droghiere, fon-

sul gran libro del debito pubblico, non sono suscettivi d' ipoteca (1); ed anco i beni immobili lo sono soltanto in quanto la legge lo dichiari espressamente. Invero la surriferita enumerazione contenuta nell'art. 1967 Cod. civ. è tassativa, e quelli fra i beni immobili che non rientrano nella enumerazione stessa, non possono essere ritenuti capaci d'ipoteca.

---

dachiere e venditore di robe vive (legge sarda 18 maggio 1857). Rimasero le piazze di speziale e di farmacista, che continuarono ad essere capaci d'ipoteca finchè non fu abrogato il Codice albertino: ciò ha dato luogo alla erronea opinione del POCHINTESTA (*op. cit.*, I, 115) che le piazze di farmacista fossero in Piemonte suscettive d'ipoteca anco sotto lo impero del Codice civile italiano. La questione, che ha in ogni modo perduto la sua attualità dopo che fu promulgata la legge 22 dicembre 1888 n. 5849 sull' ordinamento dell'amministrazione e sull'assistenza sanitaria, è acutamente svolta da CANNADA-BARTOLI (*Sistema ipotecario,* § 158, n. 77) il quale tratta pure e risolve affermativamente la questione analoga, consistente nel determinare se le ipoteche validamente costituite sulle piazze di farmacista sotto l'impero del Codice albertino continuino ad avere effetto dopo la sua abrogazione. Di questa soluzione non è a dubitare di fronte al combinato disposto degli art. 20 e 36 delle disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile. Confr. su ciò: Torino, 7 dicembre 1883, *Giurispr. tor.*, 1884, 175; stessa Corte, 22 febbraio 1885, *Foro it.*, X, I, 447.

(1) Il Codice albertino lo dichiara espressamente: « L'ipoteca sopra i mobili non ha luogo » (art. 2167); nello stesso senso disponeva l'art. 106 del regolamento pontif. Quest'articolo, come il successivo 107, meritano di essere riprodotti perchè illustrano la disposizione dell' art. 104 corrispondente al nostro art. 1967 : « Articolo 106. Sono affatto incapaci d' ipoteca: 1° I crediti e le azioni, ancorchè reali ed ipotecarie, compresi i censi consegnativi e riservativi; 2° I mobili di qualunque specie; 3° Gli animali, benchè formino gregge o armento separato, i fondachi, le botteghe, gli stabilimenti di commercio di industria di manifatture; 4° e generalmente tutti gli oggetti non compresi nella disposizione del § 104, sebbene dal diritto comune siano considerati come immobili.—Art. 107. Nondimeno i mobili inerenti agli edifizi urbani, ed i semoventi destinati a formare la dote o l' istrumento dei fondi rustici, sono compresi nella ipoteca a cui soggiacciono i fondi. Tale ipoteca non potrà costituirsi separatamente; durerà finchè i mobili o semoventi rimarranno nella loro destinazione : non li segue allorchè siano distratti ».

La enumerazione dei beni immobili contenuta nel titolo: *Della distinzione dei beni* (lib. II, tit. I) (1) è molto più lata e comprensiva di quella surriferita dell'art. 1967; per dare un esempio di questa affermazione, basta prendere in esame l'art. 415 Cod. civ. pel quale sono dichiarati immobili per l'oggetto a cui si riferiscono, non soltanto il diritto d'usufrutto sulle cose immobili e i diritti del concedente e quelli dell'enfiteuta sui fondi soggetti ad enfiteusi, che sono poi dichiarati capaci d' ipoteca nell' art. 1967 Cod. civ., ma ancora i diritti d'uso e di abitazione, le servitù prediali e le azioni che tendono a ricuperare immobili o diritti ad essi relativi, beni tutti che non sono compresi nella tassativa enumerazione del citato art. 1967 e non sono perciò suscettivi di essere ipotecati (2).

Vi sono poi dei beni che non sono capaci d'ipoteca considerati isolatamente, ma che però sono colpiti dalla ipoteca debitamente iscritta sopra l'immobile di cui fanno parte, al quale sono annessi intellettualmente o materialmente; per questo il nostro articolo 1967, parlando di beni immobili che sono in commercio, aggiunge le parole: « *coi loro accessori riputati come immobili* ». Rientrano in questa categoria, che sarà oggetto di speciale studio,

---

(1) È perfettamente inutile di esporre qui le norme dettate dal Codice vigente intorno alla distinzione dei beni; alcuni scrittori, illustrando il sistema ipotecario, hanno creduto opportuno di parlarne diffusamente: crediamo sistema migliore di rinviare a quanto in proposito insegna il LOMONACO nella *Distinzione dei beni e del possesso*, n. 13 e seg., in questa stessa collezione.

(2) Anco dei beni che non sono suscettivi d' ipoteca reputiamo inutile occuparci distesamente. Il principio che non sono capaci d' ipoteca i beni non compresi nelle enumerazione dell' art. 1967, elimina ogni possibile dubbio in proposito. Diffondersi a dimostrare che non è suscettivo d' ipoteca il credito ipotecario, che è cosa mobile (art. 418 Cod. civ.), nè il diritto di superficie, non menzionato nel Codice civile italiano, è cosa superflua (Cons. su ciò GIANTURCO, *Studi e ricerche sulla trascrizione e sul diritto ipotecario*, § 74 e seguente).

non soltanto gl'immobili per destinazione di cui è parola negli art. 413, 414 Cod. civ., ma anco taluni di quei beni che la legge dichiara immobili per natura, come gli alberi, finchè non vengano atterrati (art. 410 Cod. civ.) e i frutti della terra e degli alberi non per anco raccolti o separati dal suolo (art. 411 Cod. civ.); la ipoteca assume rispetto ad essi uno speciale carattere; li colpisce insieme col fondo a cui spettano, senza che al creditore ipotecario spetti il diritto di perseguitarli allorchè siano distratti ed abbiano con ciò perduto la natura giuridica primitiva.

Per procedere con ordine è necessario commentare in separati paragrafi i quattro numeri dell'art. 1967 Cod. civ. dividendo in due parti distinte il paragrafo primo, per trattare separatamente dei beni immobili che sono in commercio e dei loro accessori riputati come immobili.

§ 1.

A. *Beni immobili che sono in commercio.*

SOMMARIO

268. La ipotecabilità è ammessa riguardo agl'immobili per natura — 269. Terreni. Estensione della ipoteca al sottosuolo quando non è oggetto di proprietà distinta da quella del suolo — 270. Edifizi — 271. Possono essere ipotecati soltanto da chi ha la proprietà del suolo — 272. Edifizi eretti sul terreno demaniale concesso temporaneamente — 273. Costruzioni fatte dal conduttore nel fondo locato — 274. Modo di essere dell'edifizio che dà luogo alla ipotecabilità. Aderenza al suolo — 275. Non ipotecabilità di una parte dell'edifizio separatamente dal tutto — 276. Osservazione sul caso speciale del palco di un teatro — 277. Sorgenti, serbatoi, corsi di acqua — 278. Applicazione fatta dalla giurisprudenza francese — 279. Ferrovie. Ipotecabilità delle ferrovie private — 280. Ferrovie pubbliche concesse alla industria privata — 281. Ferrovie pubbliche dello Stato — 282. Per essere capaci d'ipoteca i beni immobili devono essere in commercio. Beni demaniali — 283. Beni addetti al servizio del culto. Edifizi. Sepol-

cri — 284. Beni privati non suscettivi d' ipoteca per ragioni desunte dalla incapacità del proprietario. Non possono dirsi fuori del commercio.

268. Rientrano indubbiamente in questa categoria quelli fra i beni qualificati dal legislatore come immobili per natura che costituiscono un tutto indipendente, suscettivo di espropriazione forzata; quindi i terreni, le fabbriche, i molini ed altri edifizi fissi su pilastri o formanti parte di una fabbrica (art. 408 Cod. civ.); i molini, i bagni ed altri edifizi galleggianti, ove siano e debbano essere con corde o catene saldamente attaccati a una riva, e su questa trovisi una fabbrica espressamente destinata al loro servizio (art. 409 Cod. civ.); le sorgenti, i serbatoi e i corsi d'acqua (art. 412 Cod. civ.); non rientrano nella categoria di cui ci stiamo occupando gli altri beni, pure qualificati come immobili per natura, che considerati in sè stessi sono mobili, e che per conseguenza non possono, separatamente dal fondo a cui appartengono, essere oggetto di esecuzione immobiliare, come gli alberi (art. 410 Cod. civ.), i frutti della terra e degli alberi (art. 411 Cod. civ.) ed i canali che deducono le acque in un edifizio o fondo (art. 412 Cod. civ.).

I beni ultimamente ricordati non sono capaci d'ipoteca considerati isolatamente; non si possono infatti ipotecare gli alberi di alto fusto indipendentemente dal suolo nel quale hanno le loro radici, i frutti indipendentemente dal terreno che li produce, i canali di derivazione delle acque indipendentemente dall'edifizio o dal fondo a cui le acque devono servire; ma la ipoteca che colpisce il suolo su cui gli alberi sorgono, il terreno che produce i frutti, l'edifizio o fondo a cui servono le acque derivate, colpisce anco gli alberi, i frutti ed il canale che ne formano parte integrante; lo speciale effetto dell'ipoteca riguardo a questi beni, che non possono essere ipotecati separatamente, sarà da noi considerato nella seconda parte di questo stesso paragrafo, per la stretta attinenza che presenta con l'effetto della ipoteca su quelli che la legge chiama accessori dell'immobile ipotecato.

Riducendo a formula rigorosamente scientifica la regola da noi sopra enunciata, si può dire che sono capaci d'ipoteca i terreni, le fabbriche ed altri edifizi, le sorgenti e i canali che hanno vita loro propria; tutti questi beni sono compresi nella parola immobili adoperata dal legislatore nel n. 1 dell'articolo 1967 Codice civile.

269. In primo luogo, adunque, sono capaci d'ipoteca i terreni; su ciò non occorre lungo discorso, perchè a rigore di termini sono i soli beni veramente immobili per natura (1); le fabbriche e gli altri edifizi altro non sono che aggregati di cose mobili incorporati artificialmente nel terreno; le sorgenti poi ed i canali, per quanto abbiano vita loro propria, non sono che una speciale configurazione e destinazione attribuita al terreno dalla mano dell'uomo o dalla natura, o dall'una e dall'altra insieme.

La ipoteca costituita ed iscritta sopra un terreno, colpisce generalmente tutto ciò che si trova sopra e sotto la superficie (articolo 440 Cod. civ.); ma per eccezione può avvenire che colpisca soltanto il suolo e non il sottosuolo; ciò avviene quando nel sottosuolo esiste una miniera, costituente una proprietà separata e distinta.

La separazione della proprietà della miniera da quella del terreno soprastante ha luogo per disposto di legge dove sono in vigore leggi minerarie che lo dichiarano espressamente (2); ma può

(1) AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 165, vol. II, p. 5; LAURENT, *op. cit.*, XXX, 195; CANNADA-BARTOLI, *op. cit.*, II, 89.

(2) La legislazione mineraria non è stata in Italia peranche unificata stante la diversità grande di principii direttivi delle leggi degli antichi Stati italiani tuttora in vigore. Dove vige la legge sarda 20 novembre 1859 la miniera, appena scoperta, è oggetto di concessione per parte dello Stato e costituisce una proprietà distinta da quella del suolo, che può essere ipotecata separatamente (Legge pred. art. 51, 58). Cons. su ciò DE GIOANNIS-GIANQUINTO, *Del principio giuridico fondamentale della legislazione mineraria*; LAMPERTICO, *Studi sulla legislazione mineraria*; TRAINA, *La legislazione mineraria in Italia*, p. 117; BIAN-

verificarsi per fatto e per volontà del proprietario del terreno, anco in quelle regioni italiane dove l'esercizio dell' industria estrattiva è pienamente libero, ed è applicato in tutta la sua estensione il principio dell' art. 440 Cod. civ. (1).

270. In secondo luogo sono capaci d' ipoteca gli edifizi in ragione della loro materiale e perpetua aggregazione al fondo su cui sono costruiti. Può dirsi per verità che anco in questo caso l' ipoteca colpisce l'area, e con essa l'edifizio che vi è costruito; tanto vero che se l' edifizio fosse arso dall' incendio, o cadesse in rovina, o perisse in altro modo, l' ipoteca continuerebbe a sussistere sull'area, di cui l' edifizio è in certo modo un' accessione (2).

Deriva da ciò la importante conseguenza che l' edifizio può essere dato in ipoteca soltanto insieme al terreno sul quale è costruito e da chi ha la proprietà di questo terreno. Chi ha costruito

---

CHI (Emilio), *Legislazione agraria*, I, 189 e seg.—Cagliari, 4 maggio 1870, *Gazz. Gen.*, XXII, I, 5?6; Cagliari, 16 luglio 1870, *Annali di giurispr. it.*, IV, II, 444 ; Consiglio di Stato, 1 marzo 1872, *Legge* XIII, II, 48.

(1) Ciò avviene in Toscana per le leggi leopoldine del secolo XVIII. È generalmente ammesso che il proprietario del terreno possa vendere il sottosuolo indipendentemente e in tal caso si ha la proprietà distinta separatamente ipotecabile. Bisogna però distinguere la vera vendita del sottosuolo dalla semplice costituzione della servitù di escavazione. Cons. su ciò, e sulle disposizioni speciali vigenti nell'ex reame napoletano, la nostra *Legislazione agraria*, loc. cit.

(2) « Domo pignori data, et area ejus tenebitur, et enim pars ejus. Et contra jus soli sequetur aedificium » (L. 21 D. *De pignor. act.*, XIII, 7). Sul caso contemplato nel testo confr. le LL. 29, § 2, 35 D. *De pignor.* (XX, 1); GLÜCK, *Pandette*, § 1105. Il contrario avveniva per Diritto romano dell' usufrutto costituito sopra un edifizio, che non sopravviveva sull'area se l'edifizio era distrutto, come può vedersi nella L. 5 § 2 D. *Quib. mod. ususf. vel usus ammitt.* (VII, 4) e nelle *Istituzioni*, lib. II, t. IV, § 3. Il Codice civile italiano dispone il contrario nell'art. 520, discostandosi, non soltanto dal Diritto romano, ma anco dal conforme insegnamento del Codice francese, art. 624. V. su ciò una nostra nota inserita nella *Giurispr. it.*, XLVIII, I, 309.

sul terreno altrui non ha sulla costruzione un diritto reale, ma un semplice diritto personale verso il proprietario del suolo, per i compensi che possono spettargli a norma dell'art. 450 Cod. civile (1). La ipoteca costituita in tali condizioni sarebbe inesistente per mancanza di oggetto suscettivo di esserne colpito, e conseguentemente il creditore che l'avesse iscritta non potrebbe esercitare un diritto di prelazione sul compenso dovuto dal proprietario del suolo: la massima *praetium succedit in locum rei* è di diritto singolare e non si estende al di là dei casi espressamente contemplati negli art. 1951, 1567 Cod. civ. La surrogazione del prezzo alla cosa presuppone una ipoteca valida, e tale non potrebbe dirsi quella costituita da chi edifica sul terreno altrui (2).

271. Il principio accennato nel numero precedente, che soltanto chi ha la proprietà del terreno può costituire una valida ipoteca sull'edifizio che vi è stato costruito si applica:

1.° Al caso delle costruzioni fatte sopra terreno demaniale in virtù di concessione governativa temporanea e revocabile a piacimento dell'amministrazione pubblica;

2.° Al caso delle costruzioni fatte dal conduttore nel fondo da lui preso in affitto.

I due casi meritano speciale svolgimento.

272. Intorno al primo, ricordiamo anzitutto una importante decisione della Cassazione torinese, che disse nulla una ipoteca costituita sopra uno stabilimento di bagni marini. La Corte d'appello

(1) Quando il proprietario è tenuto a pagare la somma minore tra lo speso e il migliorato, perchè preferisce conservare la costruzione, anzichè obbligare chi l'ha fatta a remuoverla e a riporre le cose nel pristino stato; o quando è obbligato a pagare la suddetta somma, e non può esigere la remozione, in ragione della buona fede del costruttore.

(2) La questione affine alla presente, se la ipoteca costituita dal proprietario nelle varie ipotesi contemplate dall'art. 450 Cod. civ., a torto trattata in questa sede da CANNADA-BARTOLI (*op. cit.*, II, 91) sarà svolta nella sezione II di questo capitolo.

di Genova, sebbene avesse ritenuto in fatto che l'erezione dello stabilimento denominato *Selene* nel golfo di Spezia, era stata fatta da Domenico Stanisci in virtù dell'atto di concessione 9 luglio 1884, il quale stabiliva in anni sei la durata della concessione medesima, e recava inoltre, di conformità al prescritto dell'art. 788 del regolamento per la esecuzione del Codice per la marina mercantile, che la concessione sarebbe stata in ogni tempo revocabile, a volontà dell'amministrazione, ogni qual volta ciò fosse richiesto dall'interesse della marina, o da altre ragioni di pubblica utilità, a giudizio di essa amministrazione, aveva ciò non ostante affermato che lo stabilimento era un immobile in commercio, suscettivo d'ipoteca ai sensi dell'art. 1967 n. 1 Cod. civ.

La Corte di cassazione annullò il giudicato della Corte d'appello per la ragione che oggetto della concessione era un diritto d'uso, temporaneo non solo, ma revocabile *ad libitum*, e però personale e precario nel senso più assoluto della parola, con esclusione dei caratteri che distinguono i diritti reali immobiliari. « Che così essendo, è mestieri riconoscere che di natura meramente mobiliare hannosi a ravvisare le ragioni che Stanisci, e per esso li Carli e Sanguinetti, fin dal momento della erezione dello stabilimento, hanno acquistato sul medesimo, e che la incorporazione al suolo di quei legnami onde esso è costituito, i quali sono per loro natura beni mobili, per quanto materialmente compiutasi ad opera del concessionario, giuridicamente non esiste, appunto perchè, dappresso a quella stessa convenzione che per lo Stanisci e i successori suoi costituisce titolo all'uso o godimento della porzione di spiaggia in essa designata, e per espressa volontà delle parti contraenti, essi sono destinati ad essere da un giorno all'altro rimossi dal sito che occupano, e questa speciale condizione loro impressa dalla volontà delle parti, come vale ad escludere che la proprietà delle costruzioni possa per diritto di accessione, in senso degli art. 446, 450 Cod. civ., essersi acquistata dal regio demanio, proprietario del suolo in cui vennero erette,

così ha per effetto di ridurre l'esecutore materiale delle costruzioni stesse alla semplice condizione di avente diritto a conseguire cose mobili, di proprietario di materiali, i quali hanno conservato la primitiva loro natura di beni mobili» (1).

La questione attiene, piuttosto che alla interpretazione dell'art. 1967 n. 1 Cod. civ., a quella dell'art. 408 dello stesso codice; e consiste nel determinare se per la immobilità di un edifizio si richiede la sua destinazione perpetua a restare nel luogo ove fu costruito, e la giuridica capacità di imprimergli tale destinazione per parte di chi lo costruì. A noi sembra indubitato che si richieda siffatta destinazione; come gli animali da lavoro, le statue, i quadri, e gli altri oggetti enumerati negli art. 413, 414 Cod. civ. non divengono immobili per destinazione se non sono posti nel fondo dal proprietario e destinati a rimanervi stabilmente, così quell'aggregato di cose mobili che costituisce l'edifizio, conserva la sua natura mobiliare se è opera del non proprietario e se può per conseguenza essere remosso, in tempo più o meno prossimo, per volontà del proprietario del suolo (2).

(1) Cass. Torino, 1 aprile 1891, *Annali di giurisp. it,*, XXV, I, 1, 436.

(2) La Corte di cass. di Firenze con sentenza 3 febbraio 1881 ritenne ipotecabile un ponte caricatore costruito sopra una spiaggia marina per concessione temporanea e revocabile dell'amministrazione demaniale, partendo precisamente dal concetto che l'art. 408 Cod. civ. abbia riguardo alla materialità della unione fisica anzichè alla intenzione (*Annali di giurisp. ital.*, XV, I, 1, 61); ma basta leggere questo giudicato per convincersi della sua erroneità: la Corte crede opportuno di distinguere secondo che la costruzione è fatta sul suolo altrui col consenso del proprietario, o è fatta invece *all'insaputa del proprietario e contro la sua volontà;* ma ognuno vede che la distinzione non regge, perchè la unione fisica si ha nell'un caso come nell'altro. Trattandosi di questione importante, che ha dato luogo a divergenza fra due corti regolatrici, ci sembra indispensabile riportare i motivi, a parer nostro erronei, della cassazione fiorentina: « Attesochè per decidere se la ipoteca costituita dal Costantini sul ponte caricatore ed opere annesse sia valida ed efficace, conviene innanzi tutto stabilire se il ponte appartenga alla categoria degl'immobili. Lo affermò la denunziata sentenza, e bene a ragione caratterizzavalo *immobile per natura,* come

273. Per identiche ragioni riteniamo che non sia suscettiva d' ipoteca la costruzione fatta dal conduttore nel terreno da lui

---

quello che incorporandosi al suolo per un basamento in muratura, e sopra piloni fissi sul terreno arenile e sull'area acquea, dovesse comprendersi fra gl'immobili che sono tali per il loro stato fisico... Nè tale carattere vien meno per difetto di quella *destinazione perpetua*, che dicesi necessaria onde le fabbriche ed ogni altra specie di costruzioni abbiano indole immobiliare. L'art. 408 nell'annoverare fra i beni immobili per natura le fabbriche e gli edifizi fissi su pilastri, o formanti parte di altre fabbriche, evidentemente accenna al solo fatto materiale, all'unione fisica, senza avere riguardo alla intenzione, se siano destinati a vita più o meno lunga, a tempo od a perpetuità; quindi non deve tenersi conto di un elemento di cui non si scorge traccia nella legge.—Attesochè con inutile studio si tenti escludere che il Costantini avesse facoltà di costituire ipoteca sopra il ponte ed edifizi annessi, i quali, sorgendo nel suolo pubblico inalienabile, addivennero proprietà dello Stato, e per di più fuori di commercio, come il terreno cui erano uniti. Certamente, che edificando sul suolo altrui all'insaputa del proprietario, questi, per diritto di accessione, acquista il dominio degli edifizi costruiti sul di lui terreno; ma quando le fabbriche vi sono poste per espressa sua concessione, allora non è più luogo ad invocare tale principio, dovendo prevalere la convenzione in virtù della quale le opere vennero intraprese; e siccome nella specie i giudici del merito ritennero con insindacabile apprezzamento, che il ministero delle finanze autorizzasse il Costantini a costruire il ponte e le altre opere per averne e conservare il dominio durante il trentennio, così torna inopportuno invocare il diritto di accessione a vantaggio dello Stato. Così se le spiaggie del mare sono inalienabili, una dottrina comunemente ricevuta, e fondata principalmente sulla pubblica utilità, consente che per autorizzazione governativa si possano occupare con stabilimenti ed edifizi d' interesse generale, e che, fino a quando le concessioni abbiano vita, i costruttori debbano considerarsi liberi proprietari dei medesimi in guisa da disporne come meglio aggradi. Ove si riflette che l'amministrazione dello Stato sopraintende alla tutela delle spiaggie del mare, che può renderne in parte esclusivo l'uso pubblico, e che siffatte concessioni sono ad ogni sua richiesta revocabili, non àvvi ragione per respingere una dottrina che poggia sopra la più manifesta equità, sebbene per avventura urtasse con qualche rigoroso principio». La dottrina urta evidentemente col principio, non

condotto in affitto, per quanto lunga sia la durata del contratto e per quanto la costruzione sia stata consentita dal proprietario del terreno. La lunga durata del contratto, non altera la natura del diritto di godimento spettante al conduttore, che è meramente personale; il consenso prestato dal locatore alla costruzione fa sì che questi non possa esigerne la remozione allo spirare del termine, e sia tenuto a pagare un compenso in ragione della spesa incontrata o dell' aumento di valore arrecato al fondo; ma nè l' una nè l'altra circostanza sono tali da rendere la costruzione suscettiva d'ipoteca; rispetto al conduttore che l' ha eseguita, la costruzione non può dirsi immobile nè per natura, nè per disposizione di leg-

---

rigoroso ma giuridico, che l'ipoteca deve essere costituita sopra beni immobili: nel caso non si ha un immobile, ma un aggregato di cose mobili temporaneamente riunite, destinate ad essere separate al momento in cui termina o è revocata la concessione. Nel senso della Cass. di Torino può citarsi la sentenza della Cass. di Firenze, 31 marzo 1890, *Annali di giurispr. ital.*, XXIV, I, 1, 360, che sarà da noi analizzata al numero seguente. Alla opinione adottata da questa corte regolatrice nel 1881 si accosta la sentenza della Cass. di Napoli 17 luglio 1887, *Annali di giurispr. ital.*, XXII, I, 1, 348, che pure si riferisce alle costruzioni fatte dal conduttore. Per le costruzioni fatte sul terreno comunale per concessione precaria o revocabile dell'autorità municipale merita di essere consultata la sentenza della Cass. di Roma 17 marzo 1891, *Corte supr. di Roma*, 1891, II, 227, la quale disse che tali costruzioni non sono da considerare come immobili nè per natura, nè per destinazione, nè per finzione di legge. V. però Genova, 26 luglio 1893, *Giurista*, 1893, 292. Ritengono ipotecabili gli edifizi e le altre opere stabilite sui beni demaniali col consenso dell'amministrazione pubblica: PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 111; POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 107, ma senza darne ragione plausibile. Lo stesso è a dirsi di MIRABELLI, *op. cit.*, pag. 14; di BORSARI, *Commento*, § 4187 in fine; di CANNADA-BARTOLI, *op. cit.*, II, 91. Nel senso da noi propugnato nel testo può consultarsi RICCI, *Commento*, X, 141. Quest' ultimo scrittore acutamente osserva che la incorporazione, ove avvenisse, sarebbe a favore del demanio, che è proprietario del suolo; ma è risaputo che la proprietà demaniale è inalienabile e perciò non suscettiva d'ipoteca.

ge; non rientra pertanto nella tassativa enumerazione dell' articolo 1967 Cod. civ. (1).

Di ciò si ha una riprova nella disposizione dell' art. 1966 Cod. civ. pel quale la ipoteca si estende a tutti i miglioramenti ed anche alle costruzioni ed altre accessioni dell' immobile ipotecato; il legislatore dispone ciò in modo assoluto, e non distingue, come vedremo, secondo che la costruzione è fatta dal proprietario o da persona diversa: la ipoteca costituita dal locatore proprietario del terreno dato in affitto si estende alle costruzioni fatte dal conduttore sul terreno medesimo; il conduttore non può dunque costituire ipoteca sulle stesse costruzioni; le due ipoteche sono incompatibili; la prevalenza di quella costituita dal locatore toglierebbe ogni efficacia all'altra costituita dal conduttore.

Fece retta applicazione dei principii sui quali è fondata la soluzione da noi proposta la Corte di cassazione di Firenze decidendo in una recente sentenza (2), che il diritto di chi erige un casotto di legno sul terreno locatogli, consiste nella sola proprietà del materiale impiegatovi, diverso dal diritto attribuito al proprietario del suolo; e che per conseguenza non cade in contradizione, equivalente a difetto di motivi, la sentenza che definisce immobiliare il diritto del proprietario del suolo, e mobiliare quello spettante, nei

---

(1) Confr. su ciò CANNADA-BARTOLI, *op. cit.*, II, 90, il quale fa suo l'insegnamento di AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 164 testo e nota 10 e di MARTOU, *op. cit.*, III, 955 e combatte la contraria opinione di PONT, *op. cit.*, X, 359 , XI, 634. È degno di nota che questo scrittore conviene che la ipoteca concessa dal conduttore non potrebbe valere nella ipotesi in cui per patto espresso la costruzione dovesse cedere al termine dell'affitto a vantaggio del locatore, nè in quella in cui, in mancanza di questo patto, il locatore ritenesse la costruzione, e dovesse pagare per conseguenza un compenso al conduttore. La validità della ipoteca si avrebbe pertanto nel solo caso in cui il locatore esigesse la demolizione, e si risolverebbe in un diritto di prelazione sul prezzo dei materiali, lo che è contrario ai principii. V. su ciò le sentenze citate da CANNADA-BARTOLI: Cass. Firenze , 27 marzo 1884 , *Giurispr. it.*, 1884 , I, 359 ; Cass. Napoli , 16 giugno 1885, *Gazz. proc.*, XX, 247.

(2) Sentenza del 31 marzo 1890, *Annali di giurispr. it.*, XXIV, I, 1, 360.

rapporti fra loro, ai proprietari del legname impiegato nella costruzione del casotto stesso, autorizzandone la demolizione e divisione. «In questi termini di fatto, osservò la Corte, è evidente che ai costruttori non appartiene la proprietà della baracca, che per diritto di accessione spetterebbe al proprietario del suolo, e che di fronte al medesimo, ossia al demanio, non compete loro che l'indennità accordata dall' art. 450 Cod. civ. a chi costruisce con materiali propri sul fondo altrui» (1).

274. È del resto indifferente la entità maggiore o minore dell'edifizio, come è indifferente la materia più o meno resistente con la quale è costruito; sia esso in pietra, in materiale laterizio, in ferro, in legname, in cristallo, o in altra materia qualsiasi suscettiva di essere adibita alla edificazione, sia un palazzo o una semplice edicola, resta fermo il principio della ipotecabilità, purchè vi sia l'aderenza al suolo e l'ipoteca sia costituita sull'edifizio e sul suolo insieme. Siffatta aderenza si verifica in modo speciale quanto agli edifizi galleggianti; imperocchè la legge esige la doppia condizione che siano e debbano essere con corde o catene saldamente attaccati ad una riva e che su questa trovisi una

(1) La Corte era chiamata a decidere se la controversia concernesse un immobile, e se perciò, non potendo argomentarsene il valore dal tributo, fosse incompetente il pretore: è però manifesto che se avesse dovuto decidere l'altra questione se il casotto fosse suscettivo d'ipoteca, avrebbe dato risposta negativa, dal momento che lo ritenne cosa mobile. Sta dunque l'affermazione nostra che con la sentenza del 31 marzo 1890 la Cassazione fiorentina ha abbandonato la massima stabilita con la sentenza 3 febbraio 1881 citata al numero precedente. Non possiamo però nascondere che la Cassazione napoletana ritenne, nell' intervallo fra quelle due decisioni, immobile un casotto costruito dal conduttore, all' oggetto di escludere che potesse essere oggetto di pignoramento mobiliare per parte dei creditori di lui. La decisione è giusta, ma ne è errato il motivo. La Corte doveva dire che il casotto non poteva essere pignorato perchè spettante, per diritto di accessione, al proprietario del suolo; disse invece che era immobile rispetto al conduttore avuto riguardo alla materialità sua, e disse cosa giuridicamente non vera (sentenza del 18 luglio 1887, *Annali di giurispr. it.*, XXII, I, 1, 348).

fabbrica espressamente destinata al loro servizio (art. 409 Cod. civ.): a queste due condizioni gli scrittori ne aggiungono una terza, che cioè l'edifizio galleggiante appartenga al proprietario della fabbrica, senza di che verrebbe meno la destinazione permanente di una delle due cose in servigio dell'altra (1); mancando una qualunque di queste condizioni non si ha nel galleggiante la qualità d'immobile e non si ha, per conguenza, la possibilità giuridica di costituire una valida ipoteca sul medesimo (2).

Lo stesso è a dirsi degli edifizi non galleggianti per ciò che attiene alla unione fisica col suolo: un serraglio di bestie feroci, un museo ambulante, una costruzione qualsiasi di grande importanza e di cospicuo valore, non è immobile e non è suscettiva d'ipoteca quando può essere trasportata altrove senza perdere la sua natura e senza alterazione della sua sostanza, quantunque faccia lunga e stabile dimora in un luogo determinato (3).

Anche la nave, quantunque importante pel suo volume e pel suo valore, è cosa mobile e non è, per conseguenza, capace d'ipoteca;

---

(1) PACIFICI-MAZZONI, *Distinzione dei beni*, n. 19; CANNADA-BARTOLI, *op. cit.*, II, 91; LOMONACO, *Distinzione dei beni*, 15, p. 51.

(2) PACIFICI-MAZZONI (*Distinzione dei beni*, 19) insegna che il galleggiante sarebbe immobile, e perciò ipotecabile, ancorchè fosse tenuto fermo da un'àncora, anzichè attaccato alla riva con corde o catene, purchè sulla riva esistesse la fabbrica destinata al suo servizio. RINALDI (*Della proprietà mobile secondo il Codice civile italiano*, I, 69 in nota), ritiene il contrario; la opinione di questo scrittore è adottata da LOMONACO (*Distinzione dei beni*, 15) e anco noi l'adottiamo, non per la ragione che se il galleggiante è fissato in un luogo con l'àncora manca l'aderenza, ma bensì perchè la disposizione della legge, che fissa il modo dell'aderenza, è legge di eccezione, e non si estende oltre il caso in essa espresso.

(3) Il LOMONACO (*op.* e *loc. cit.*) ricorda opportunamente a questo proposito una dotta sentenza della Corte d'appello di Lucca del 1° luglio 1871, *Annali di giur. it.*, 1872, II, 29, nella quale fu giustamente osservato che « la causa efficiente da cui deriva l'immobilitamento è la incorporazione materiale per la coesione al suolo, e l'aderenza fisica che forma un solo tutto dei materiali e del suolo in cui sono attaccati ».

il Codice di commercio detta le opportune norme per l' assicurazione dei crediti resultanti dal contratto di prestito a cambio marittimo sulla nave intiera o sopra una parte di essa, sugli attrezzi, sul corredo e sull' armamento, sul nolo, sul carico, o sopra una determinata parte di esso (art. 590 e seg.); la trascrizione del contratto sui registri dell'ufficio marittimo nel cui compartimento è stipulato, e la sua annotazione sull'atto di nazionalità della nave (art. 591), sono formalità corrispondenti alla iscrizione della ipoteca ordinaria; non è esclusa neppure l' ipoteca legale dell' alienante, qualificata come privilegio (art. 675 n. 12 Cod. di comm.); ma la materia, per quanto interessante, non è compresa nel programma di questo trattato (1).

275. Parlando della indivisibilità della ipoteca, osservammo che il creditore non può esercitare la sua azione ipotecaria in modo da frazionare il fondo ipotecato (sopra n. 25), lo che deve intendersi tanto nel senso che non sia lecito a chi ha ipoteca sull' intiero mobile di escuterne una parte indivisa, per esempio il terzo o la metà, quanto nel senso che non possa escuterne una parte materiale; parlando poi della ipoteca legale dell' alienante avemmo occasione di notare che questa non può appartenere a chi ha ceduto coattivamente o volontariamente la comunione di un muro divisorio, perchè la metà del muro ceduta non è suscettiva d' ipoteca considerata in sè stessa, nè la ipoteca può estendersi all'area adiacente, che non è stata oggetto di alienazione, nè all' edifizio che vi è stato costruito (sopra n. 61). In coerenza di questa premessa abbiamo accennato in principio del presente paragrafo che possono essere ipotecati quelli fra i beni qualificati dal legislatore come immobili per natura che costituiscono un tutto indipendente (sopra n. 268). È tempo di dimostrare, e non sarà difficile, la doppia conseguenza che può trarsi da questa generica proposizione.

---

(1) Cons. su ciò il classico trattato di De Gioannis-Gianquinto sulla *Ipoteca navale* (Napoli, Marghieri, 1879).

Diciamo in primo luogo che il proprietario di un edifizio non potrebbe validamente ipotecarne una parte materiale separatamente dal tutto; per quanto sia estesa la facoltà di disporre concessa al proprietario dall'art. 436 Cod. civ., essa non può porsi in così aperto contrasto con la natura delle cose da attribuire ad una parte qualunque di un immobile, che non ha esistenza sua propria separata dal tutto, questa stessa esistenza, allo speciale oggetto di costituire sopra di essa il diritto reale d'ipoteca; l'ipoteca, diritto accessorio che garantisce l'adempimento della obbligazione è preordinata all'eventuale esercizio dell'azione ipotecaria ed alla conseguente espropriazione forzata dell'immobile ipotecato, ove l'obbligazione non sia nel tempo debito adempiuta: ciò posto, come il creditore non potrebbe limitare ad una parte materiale di un immobile ipotecato a suo favore, l'azione ipotecaria che gli spetta sopra l'immobile intero, così il debitore, proprietario di un intero immobile (nel caso concreto un edifizio), non potrebbe destinarne una parte materiale (per esempio un muro o una stanza) al soddisfacimento dell'obbligazione da lui contratta. La sistemazione giuridica del credito personale sulla proprietà fondiaria, che, al dire di un reputato scrittore nostro (1), costituisce la essenza della ipoteca, porta necessariamente a distinguere nella proprietà il termine economico dal giuridico; nella parte materiale di un immobile concorre il termine giuridico, perchè la proprietà di ogni singola parte è compresa nella proprietà del tutto, ma non vi concorre il termine economico, perchè manca, o grandemente scema, quel valore commutabile che può servire al soddisfacimento del credito, e che è base della garanzia ipotecaria (2).

Diciamo in secondo luogo che il proprietario di un intero immobile, e segnatamente di un edifizio, non potrebbe validamente ipotecarne una parte intellettuale: la disposizione dell'art. 679 Cod.

---

(1) Carabelli, *op. cit.*, § XIII.

(2) Carabelli, *op.* e *loc. cit.*

civ., che ammette siffatta ipoteca quando l'immobile è proprietà indivisa di più persone, è una disposizione eccezionale, la quale, appunto perchè eccezionale, non può estendersi oltre i casi in essa espressi. La ipoteca costituita sopra la parte indivisa di un immobile trae seco il gravissimo inconveniente che il creditore non può subastarlo senza far precedere la divisione (art. 2077 Cod. civile); ora, se ciò è ammesso per necessità ineluttabile quando l'immobile ipotecato appartiene a più persone, non è ammesso egualmente quando è proprietà di un solo; il giudizio di divisione, in questi termini di fatto, sarebbe un assurdo, e darebbe luogo ad un inutile deprezzamento della proprietà non consentito dal legislatore.

276. Che dire dei palchi di un teatro? Indubbiamente essi, benchè costituiscano una incorporazione necessaria e permanente annessa al resto dell' edifizio teatrale, hanno un proprio reddito e un proprio valore, formano una proprietà singolare dei palchisti, distinta da quella del teatro e possono di regola essere oggetto di ipoteca (1); diciamo di regola, perchè può darsi che per il modo nel quale il teatro è stato costruito, e che per gli statuti che lo governano, manchino gli estremi necessari perchè si abbia quella proprietà singolare e distinta che rende possibile la soluzione sopra accennata (2). Dove ogni palco ha un proprio numero catastale, ed è iscritto in catasto al nome del proprietario, non può ragionevolmente dubitarsi di questa soluzione (3); ma può darsi che il teatro sia stato costruito da un privato, o da un ente, che abbia

---

(1) Decise la questione in questo senso, benchè per ragioni alquanto diverse, il Tribunale di Firenze con sentenza del 27 gennaio 1875, *Legge*, 1875, I, 235. V. ancora POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 108.

(2) Sulla natura del diritto di palco nei teatri può consultarsi utilmente la dotta monografia di AUGUSTO FRANCHETTI, *Archiv. giurid.*, VII, p. 201 e seg.

(3) Ciò avviene ordinariamente in Toscana per i teatri costruiti sotto l' impero della legge ipotecaria 2 maggio 1836 in virtù di una circolare 12 gennaio 1844 che ordinava la iscrizione dei palchi nei registri catastali.

espressamente dichiarato di concedere ai palchisti un semplice diritto di godimento di natura personale, ed in tal caso non potrebbe parlarsi d' ipoteca; come non potrebbe parlarsene nel caso in cui la società proprietaria del teatro avesse assunto la forma di società anonima, e le azioni fossero rappresentate dai palchi. Si avrebbe allora nel diritto di palco la figura giuridica della servitù, o, a tutto concedere, un diritto immobiliare sulla cosa altrui, che non è ipotecabile, perchè non contemplato nell' articolo 1967 Codice civile.

277. Anco le sorgenti, i serbatoi, e i corsi d' acqua dichiarati immobili per natura dall' art. 412 Cod. civ. sono capaci di ipoteca in quanto abbiano una esistenza loro propria e siano perciò suscettivi di esecuzione forzata indipendentemente dal fondo in cui si trovano (1). Ciò si dimostra *a contrario sensu* dal capoverso dell'articolo citato, che contempla il caso opposto. I canali, è detto in questa disposizione, che deducono le acque in un edifizio o fondo sono pure immobili e fanno parte dell' edifizio o del fondo a cui le acque devono servire. In queste condizioni il canale, costituito dal manufatto e dall'acqua che vi trascorre, può essere ipotecato soltanto insieme al fondo o edifizio a cui serve, perchè costituisce con esso un tutto inseparabile; la ipoteca costituita separatamente sopra di esso, e la conseguente separata subastazione, dannose economicamente, non sono giuridicamente concepibili, perchè le due cose costituiscono un solo tutto e valgono le ragioni suesposte intorno alla giuridica impossibilità d'ipotecare la parte per chi è proprietario del tutto. Ma se il canale ha una esistenza sua propria, come avverrebbe nel caso di un canale irrigatorio, costruito per distribuire l'acqua in un territorio più o meno esteso contro una mercede determinata, ben può essere ipotecato separatamente dai fondi a cui serve, perchè ha un valore suo proprio suscettivo

(1) Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, I, 110; Cannada-Bartoli, *op. cit.*, II, 93-94; Carabelli, *op. cit.*, § XIII, n. 3; Melucci, *op. cit.*, lez. II, n. 3; Mirabelli, *op. cit.*, p. 11; Cass. Torino, 20 luglio 1871, *Giur. tor.*, XIV, 599.

di garantire l'adempimento delle obbligazioni dell'ente o del privato che ne ha la proprietà.

Lo stesso è a dirsi delle sorgenti, dei serbatoi, degli acquedotti. Destinati al servizio di un fondo o edifizio per il conveniente uso del medesimo, o per l'esercizio di una determinata industria, non possono essere ipotecati separatamente dal fondo cui servono; destinati al servizio di più fondi, appartenenti a proprietari diversi, che corrispondono un compenso pecuniario in ragione della utilità che ne ricevono, sono capaci d' ipoteca, perchè hanno un valore che in caso di espropriazione forzata ne determina il prezzo.

La soluzione da noi adottata sarebbe da ammettersi anco nel caso in cui si trattasse di canali di derivazione di acque pubbliche esercitati in virtù di una concessione governativa, per quanto temporanea, fatta a norma delle leggi vigenti (1); la temporaneità del diritto non è di ostacolo alla costituzione dell'ipoteca ed alla sua validità finchè la concessione dura e spiega i suoi effetti; soltanto l' ipoteca è soggetta a risolversi col verificarsi della risoluzione della concessione, secondo quanto è disposto nell'art. 1976 Cod. civ.

Può parere a prima vista che quello che noi affermiamo sia in contradizione con quanto abbiamo esposto di sopra parlando degli edifizi costruiti, in virtù di una concessione governativa, sul terreno demaniale; ma i due casi sono ben diversi e l'apparente contradizione non sussiste. Nel caso dell'edifizio costruito sul terreno demaniale non può darsi valida ipoteca, perchè l'edifizio non può essere ipotecato separatamente dal suolo su cui è costruito ed il suolo non è ipotecabile, perchè colpito dal vincolo della inalienabilità (sopra n. 272); nel caso invece del canale costruito da chi ha ottenuto per concessione governativa il diritto di derivare un'acqua pubblica, si ha un insieme di cose costituito dal canale e dai

(1) Legge 10 agosto 1884 sulla derivazione delle acque pubbliche, n. 2644.

suoi manufatti, nonchè dall' acqua che vi trascorre, che assume per tutta la durata della concessione un' esistenza sua propria e che perciò è capace d'ipoteca. La società od il privato che ottengono la concessione di derivare l' acqua pubblica dal fiume, che al seguito di tale concessione acquistano dai privati i terreni occorrenti per la escavazione del canale, edificano sopra questi terreni le fabbriche ed opere necessarie pel suo funzionamento, e così non tanto per la condotta dell'acqua, quanto per la sua distribuzione, dànno vita ad un'opera, o meglio ad un complesso di opere, che ha la sua ragione di essere nella concessione dell'acqua pubblica, ma in pari tempo una esistenza indipendente dalla proprietà demaniale; questo complesso di opere ha una rendita, e perciò un valore, che non è così strettamente connesso con questa proprietà; come la rendita ed il valore di uno stabilimento di bagni o di un ponte caricatore eretti sul suolo demaniale; si può quindi senza contradizione dichiarare capace d'ipoteca il canale irrigatorio, pur ritenendo che lo stabilimento di bagni, il ponte caricatore, la tonnara, ed altri edifizi consimili eretti sul lido del mare, manchino dei requisiti indispensabili per siffatta capacità.

A queste considerazioni è anche da aggiungere, che mentre le concessioni del lido del mare per costruirvi ponti caricatori, stabilimenti balneari od altri edifizi consimili, sono, non soltanto temporanee, ma anche revocabili a piacimento dell' amministrazione pubblica, e possono perciò essere revocate ad ogni istante quando lo esiga l'interesse generale, le concessioni di acque pubbliche sono fatte senza pregiudizio dei diritti dei terzi, ma non possono essere revocate, e spiegano perciò il loro effetto utile per tutto il tempo stabilito nel contratto relativo (1).

---

(1) Ciò è tanto vero che l'art. 13 della citata legge dispone: « Se per ragioni di un pubblico interesse, durante una concessione, viene modificato il regime di un corso d'acqua compreso tra quelli indicati all' art. 2, lo Stato non è tenuto ad alcuna indennità verso i concessionari, salva la riduzione o la cessazione del canone se viene diminuita o tolta la quantità d'acqua derivata. Il

Se poi si trattasse di concessione perpetua, fatta per legge dello Stato (1), niun dubbio può sorgere sulla ipotecabilità del canale e delle altre opere eseguite per utilizzare l'acqua demaniale a scopo industriale od agricolo.

278. Una importante applicazione dei principii enunciati nel presente numero, fu fatta dalla Corte di cassazione francese in un recente giudicato (2).

Certo Favier era proprietario nel circondario di Voirou (Isère) di una prateria detta Guelin, contenente una sorgente di una certa importanza, e di un altro fondo denominato Le Colombier, situato a qualche distanza, nel quale aveva costruito un opificio. Questo ultimo fondo era ipotecato a diversi creditori ed era pure ipotecata la prateria a favore di certi coniugi Bourde. Nel 1879, prima che quest'ultima ipoteca venisse costituita ed iscritta, il proprietario aveva mediante un canale condotto le acque della sorgente nel fondo ove aveva costruito l'opificio, e le aveva destinate al servizio del medesimo. Procedutosi alla espropriazione forzata dei due immobili, furono formati due lotti; in uno furono compresi l'opificio ed il canale con le acque della sorgente con esso derivate, nell'altro la prateria senza la sorgente. I coniugi Bourde si opposero alla collocazione dei creditori iscritti sull'opificio, su quella parte di prezzo del relativo lotto che rappresentava il valore della sorgente, facendo istanza che fosse proceduto a una ventilazione del prezzo medesimo, e che quella parte fosse a loro attri-

concessionario però, se le rinnovate condizioni locali lo permettono, avrà diritto di eseguire a sue spese le opere necessarie per ristabilire la derivazione ». È anco da osservare che tali concessioni temporanee si fanno per un termine non maggiore di anni trenta, ma spirato quel termine il concessionario ha diritto di ottenere il rinnuovamento della concessione per un altro trentennio e così successivamente (art. 5).

(1) Legge 10 agosto 1864, art. 2.

(2) Sentenza del 30 marzo 1892, *Journ. du Pal.*, 1892, I, 500.

buita in ragione della ipoteca che loro spettava sul fondo nel quale la sorgente aveva origine.

Il tribunale di Grenoble aveva respinto questa domanda e la corte d'appello di Grenoble aveva rigettato l'appello dei coniugi Bourde con una sentenza così concepita: « Attendu, en droit, que celui qui a une source dans ses fonds peut en user à sa volonté, sauf les droits des tiers; qu'il lui appartient notamment d'en disposer en faveur de tel ou tel fonds médiat ou immédiat, et que les eaux de source constituent des droits immobiliers, non seulement à leur point d'emergence, mais partout où elles sont utilisées à titre de propriété ou de servitude; — Attendu en fait que, dès 1879, Favier, devenu propriétaire de la prairie où sont captées les eaux litigieuses, a amené et affecté les dites eaux à son usine du Colombier; que depuis lors, ce mode de jouissance des eaux Guelin s'est exercé d'une façon continue par telle canalisation jusqu'après les expropriations Favier sans avoir jamais soulevé de contestation de la part de qui que ce soit, et que c'est dans cette situation qu'ont été successivement adjugés et l'immeuble du Colombier, le 25 dec. 1885, et l'immeuble Guelin le 6 novembre 1886. — Attendu encore, que l'hypothèque légale, en vertu de laquelle agissent les consorts Bourde, découle d'un jugement du 19 mai 1883, confirmé par arrêt de la Cour de Grenoble du 12 febbr. 1884; qu'elle est donc de plusieurs années posterieure à l'état de choses créé et maintenu par Favier, et qu'à aucun point de vue, elle ne saurait avoir pour effet, par voie de collocation dans l' ordre, de rattacher à l' immeuble Guelin les eaux régulièrement acquises à l'immeuble du Colombier ».

La Corte di cassazione respinse il ricorso dei coniugi Bourde, osservando che la loro ipoteca era posteriore allo stato di cose creato nel 1879 dal debitore Favier (1).

---

(1) È ovvio osservare che se la ipoteca fosse stata anteriore, il Favier non avrebbe potuto con il distacco della sorgente dal fondo pregiudicare i creditori iscritti.

279. Che dire delle ferrovie? La questione se esse siano suscettive d'ipoteca è risoluta affermativamente in Italia con disposizioni legislative (1); ciò non ostante è opportuno trattarla, perchè non priva di pratica importanza.

---

(1) Legge 29 luglio 1879, n. 5002, art. 29: « Su tutte le linee ferroviarie del regno, le quali a partire dalla pubblicazione della presente legge, verranno costruite dallo Stato, sia per intero, sia col concorso degli interessati nei limiti stabiliti, e che rimangono di proprietà dello Stato medesimo, viene per effetto della presente legge costituita una *ipoteca legale* a garanzia dei titoli di cui all'articolo precedente, senza che occorra la formalità dell' iscrizione ». Si deroga al principio della pubblicità ordinaria, in quanto si ritiene che sia sufficiente la pubblicità proveniente dalla legge stessa, la quale dichiara che i portatori delle obbligazioni emesse per la costruzione delle ferrovie sono garantiti ipotecariamente sulle medesime; ma si rivolse in modo positivo la questione della ipotecabilità. Cons. su ciò CANNADA-BARTOLI, *op. cit.*, II, § 165 (n. 159-180) ove l'ardua materia è largamente svolta; e segnatamente al numero 166, ove è detto che « la ipoteca costituita con l' art. 29 della legge 29 luglio 1879 ha tutti gli elementi essenziali di ogni altra ipoteca; imperocchè vi è il credito che deve garantire, i titoli ferroviari; c' è la cosa che li garantisce, le linee ferroviarie. È derogato solo al modo di essere di questa ipoteca, vale a dire alla sua iscrizione, dalla cui formalità è stata esonerata ». Dall'art. 29 argomenta la ipotecabilità anco il GIANTURCO nel suo pregevole libro intitolato *Studi e ricerche sulla trascrizione e sul diritto ipotecario*, parte I, § 85. Questo scrittore dimostra la necessità di apposite norme circa l' ipoteca ferroviaria, come speciale istituto di quel ramo importantissimo del moderno diritto che è il diritto ferroviario. Alcuni Stati moderni additano già la via da seguire. La legge ungherese 7 aprile 1878 stabilì che ai titoli di proprietà dovesse corrispondere l'iscrizione dell'ipoteca in un registro fondiario centrale per le ferrovie e per i canali. Sugli *Eisenbahnbücher* istituiti con la legge austriaca del 19 marzo 1874 e con la legge svizzera 24 giugno stesso anno (*Annuaire de leg. étr*, 1875, pag. 286, 480) ed in virtù dei quali l' ipoteca ferroviaria è assoggettata alle norme comuni di pubblicità, pur rispettando l'inconcusso principio che la ferrovia considerata nel suo complesso di terreni e fabbriche, di rotaie e di materiale mobile costituisce una unità economica e giuridica affatto inscindibile (*Bahneinheit*), cons. la predetta pregevole opera del GIANTURCO, § 88-89.

Occorre anzitutto distinguere le ferrovie pubbliche dalle private: queste ultime, sia che corrano esclusivamente su terreni appartenenti a chi le costruisce, senza intersecare od in alcun modo interessare alcuna proprietà pubblica o privata, sia che tocchino in qualsivoglia modo la proprietà altrui, le pubbliche vie di comunicazione, i corsi d'acqua pubblici, gli abitati ed ogni altro sito od opera pubblica (1), sono senza dubbio suscettive d'ipoteca; soltanto è opportuno avvertire che essendo queste ferrovie private costruite per il miglior servizio di uno o più fondi egualmente privati, e delle industrie che vi si esercitano, sono colpite dalla ipoteca costituita sopra questi fondi di cui sono un accessorio, e non potrebbero essere ipotecate separatamente, perchè la separata loro espropriazione verrebbe a privarle della utilità che sono destinate a produrre (2).

È riguardo alle ferrovie pubbliche che la proposta questione esige accurato svolgimento.

Occorre nuovamente distinguere secondo che le ferrovie pubbliche appartengono allo Stato, o sono costruite ed esercitate da privati, o da società private, per concessione avutane dallo Stato; non perchè debba giungersi, secondo noi riteniamo, a conseguenza diversa per le une e per le altre; ma bensì perchè si giunge alla stessa conseguenza, che è la ipotecabilità, per diverso ordine di considerazioni.

280. Prendiamo in esame, anzitutto, il caso delle ferrovie concesse alla industria privata, che è quello avuto principalmente in mira dal legislatore nella legge organica 20 marzo 1865 sulle

---

(1) Secondo la distinzione delle ferrovie private in due categorie contenuta nell'art. 207 della legge 20 marzo 1865 sulle opere pubbliche; la differenza consiste soltanto in ciò, che per la costruzione e l'esercizio delle strade di prima categoria l'ingerenza dello Stato è limitata a quanto concerne l'igiene e la sicurezza pubblica, mentre per quelle della seconda si estende alla preventiva approvazione dei piani esecutivi.

(2) Cannada-Bartoli, *op. cit.*, II, 152.

opere pubbliche. È noto che per questa legge, i cui principii fondamentali sono tuttora in vigore e costituiscono i cardini del diritto ferroviario italiano, la costruzione e l'esercizio delle ferrovie dubbliche non possono venire concessi altrimenti che per legge (1), e per un determinato periodo di tempo, decorso il quale lo Stato sottentra ai concessionari nell'esercizio della ferrovia, che deve essergli consegnata in buono stato senza corrispettivo alcuno, con tutte le sue dipendenze stabili e col materiale fisso (2), col solo onere di pagare a giusta stima il materiale mobile, quando abbia obbligo di ritenerlo, o diritto a riportare la cessione (3). È noto ancora che lo Stato può riscattare le ferrovie anco prima che sia scaduto il termine della concessione, quando ricorrono certe condizioni volute dalla legge e con un determinato compenso pecuniario (4).

---

(1) Art. 209 legge 20 marzo 1865 sulle opere pubbliche: « La costruzione o l'esercizio di una ferrovia pubblica non possono altrimenti venire concessi che per legge ».

(2) Art. 248 legge citata: « Le concessioni delle ferrovie pubbliche si fanno per un tempo determinato dagli atti delle medesime, alla scadenza del quale, e pel solo fatto di essa scadenza, lo Stato sottentrerà ai concessionari nell'esercizio di tutti gli utili e prodotti degli stabili ed opere costituenti le ferrovie concesse e le loro dipendenze. Devono all' anzidetta scadenza i concessionari consegnare al Governo in buono stato la strada ferrata ecc. ».

(3) Art. 249 legge citata.

(4) Art. 284 legge citata: « Se altro termine più o meno lungo non sarà stato fissato nell'atto di concessione, dopo scaduti trent' anni dal giorno nel quale una ferrovia pubblica concessa all'industria privata sarà stata aperta al permanente esercizio sopra tutta la sua lunghezza, avrà diritto il Governo di farne a qualsivoglia epoca il riscatto, previo diffidamento di un anno almeno da farsi al concessionario, ove pure diverso termine non sia stato nella concessione stabilito. — In tal caso al detto concessionario, per tutto il tempo che rimarrà a trascorrere fino alla estinzione del suo privilegio, verrà corrisposta un'annualità eguale alla terza parte della somma dei prodotti netti ottenuti dalla ferrovia nei tre dei cinque anni immediatamente precedenti al diffidamento che diedero prodotto maggiore. Oltre a ciò gli pagherà al momento del

Da queste disposizioni di legge è dato argomentare che per quanto le ferrovie pubbliche siano concesse alla industria privata, la proprietà delle medesime appartiene allo Stato; il privato o la società privata che per concessione dello Stato le costruisce e le esercita, per quanto abbia acquistato a sue spese il suolo sul quale sono costruite, abbia eretto a sue spese le occorrenti fabbriche, abbia provveduto la linea del necessario armamento, non ha la proprietà della ferrovia; allo spirare del termine della concessione lo Stato non sottentra in questa proprietà, ma bensì « *nell'esercizio di tutti gli utili e prodotti degli stabili ed opere costituenti le ferrovie concesse e le loro dipendenze* » (art. 248 legge citata); mentre la legge parla di proprietà dei concessionari per ciò che attiene agli oggetti mobili che servono all'esercizio (art. 249 legge citata), non adopera mai questa espressione quando si tratta delle linee ferroviarie, ma parla di concessione all'industria privata qualificandola come un privilegio, lo che implica un riservo di dominio per parte del Governo concedente (art. 284 legge citata). Il legislatore ha considerato che l' esercizio ferroviario costituisce un ramo di servizio pubblico che non avrebbe potuto essere impunemente lasciato in balìa dei privati: strumento necessario della prosperità nazionale in tempo di pace, le ferrovie divengono mezzo efficacissimo di offesa e di difesa in tempo di guerra; per questo ne ha riservata allo Stato la proprietà, pur ammettendo che possa essere concessa ai privati la facoltà di costruirle, e, per un limitato periodo di tempo, di esercitarle; per questo si è riservato in ogni caso il diritto di rendere attuale l'esercizio di questa proprietà, riscattando le ferrovie concesse alla industria privata, onde esercitarle per proprio conto, o concederle ad altri che meglio del concessionario soddisfaccia alle pubbliche esigenze.

In una celebre causa agitatasi fra la disciolta società delle fer-

---

riscatto, o a quell'altra epoca che dalla concessione fosse stata stabilita, l'importare degli oggetti mobili ecc. ».

rovie romane e la società delle ferrovie meridionali, risoluta dalla Corte di cassazione di Firenze con sentenza del dì 11 aprile 1870 (1), fu detto che la proprietà delle ferrovie concesse alla industria privata spetta alla società concessionaria, e che per conseguenza le ferrovie possono da questa società essere assoggettate ad ipoteca; la devoluzione allo Stato, dopo spirato il termine assegnato alla durata della concessione, la facoltà del riscatto riservata allo Stato mentre la concessione dura, furono considerate come cause di risoluzione del diritto di proprietà spettante al concessionario, e fu per conseguenza ritenuto applicabile l'art. 1976 Cod. civ. pel quale coloro che hanno sull' immobile un diritto risolubile possono assoggettarlo ad una ipoteca sottoposta alla medesima eventualità.

Noi non crediamo che siffatto concetto sia da accogliere; ma riteniamo egualmente ipotecabili le ferrovie concesse alla industria privata, perchè il concessionario ha sopra di esse, finchè non siano devolute allo Stato, o questo non eserciti la facoltà del riscatto, un diritto reale immobiliare, che ha tutti i caratteri del diritto di usufrutto e che è perciò suscettivo d' ipoteca ai sensi dell'art. 1967 n. 2 Cod. civ.

Che la ferrovia con tutte le sue appartenenze e con lo stesso materiale mobile che le serve di corredo indispensabile, sia un immobile, o, pér dir meglio, un complesso d' immobili, costituente una unità, non è chi non veda; immobili per natura sono i terreni su cui la ferrovia è costruita, le fabbriche e le altre opere d'arte che ne formano parte integrante, le rotaie e le traversine che ne compongono l'armamento e che sono incorporate al terreno; immobili per destinazione i veicoli ed i motori.

Che questo insieme di cose possa essere oggetto di espropriazione forzata, è del pari evidente; lo ammette in certi casi speciali la stessa legge, regolando la decadenza dalla concessione nelle diverse ipotesi contemplate negli art. 251-254 (art. 255).

---

(1) A relazione dell' illustre magistrato BALDASSARE PAOLI (*Giur. ital.*, XXII, I, 402).

Da ciò è agevole argomentare che la ferrovia può dal concessionario essere ipotecata, perchè il suo diritto ha un valore, indipendentemente dalla proprietà della linea e delle sue pertinenze, valore che si desume dalle rendite dell' esercizio e dal tempo che deve trascorrere prima che la concessione abbia fine. Venendo meno il concessionario alle contratte obbligazioni, il creditore può esercitare l'azione ipotecaria che gli spetta, onde la concessione sia aggiudicata ad altri, che sottentrando negli obblighi tutti del concessionario di fronte allo Stato, ed assumendo l' esercizio, ne faccia proprie le rendite per tutta la durata della concessione, o, per lo meno, fino al giorno in cui piaccia allo Stato di riscattare la ferrovia: nel primo caso le rendite dell'esercizio possono dare, oltre gl'interessi del prezzo di aggiudicazione, un'eccedenza annua che valga ad ammortizzare il capitale; nel secondo l'annualità dovuta dallo Stato come prezzo di riscatto tiene luogo di quelle rendite; si ha sempre un valore permutabile ed apprezzabile, che rende possibile l'esercizio dell'azione ipotecaria e ne garantisce gli effetti.

Tutto questo, diciamo, prescindendo dalla questione se le ferrovie, considerate rispetto allo Stato, debbano essere comprese nel novero delle strade nazionali e facciano parte del demanio pubblico; vedremo a suo luogo che ciò non è; ma quando ancora ciò fosse, e per conseguenza non fossero capaci d'ipoteca le ferrovie esercitate direttamente dallo Stato, pare a noi indubitato che le ferrovie concesse alla industria privata possono essere ipotecate dal concessionario; la ipoteca costituita sopra di esse colpisce il diritto di concessione, che, quando ha per oggetto una ferrovia costruita e posta in esercizio; è diritto reale immobiliare, equiparabile in tutto al diritto reale di usufrutto sulle cose immobili. Un diritto di concessione non tradotto in atto mediante la costruzione della ferrovia, non sarebbe suscettivo d' ipoteca; ma quando la ferrovia è costruita, e dà una rendita, la soluzione da noi accolta non può nella pratica incontrare difficoltà (1).

(1) Ammettono la ipotecabilità delle ferrovie concesse alla industria privata: MANCINI, *Questioni di diritto*, pag. 31; POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 107;

La iscrizione, in mancanza di un registro speciale per le ipoteche ferroviarie, simile a quello istituito in altri Stati, dovrà naturalmente essere presa in tutti gli uffici di conservazione il cui territorio è percorso dalla ferrovia, onde sia attuato il principio della pubblicità (1); soltanto è da avvertire che la espropriazione forzata non potrebbe avvenire senza il consenso del governo, che non può disinteressarsi da tutto ciò che interessa quei potenti mezzi di comunicazione che sono le ferrovie, così strettamente connesse con la prosperità pubblica e con l'alto interesse della difesa nazionale (2).

PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 111; MIRABELLI, *op. cit.*, pag. 17; CANNADA-BARTOLI, *op. cit.*, II, 175. È noto che molti scrittori definiscono come proprietà risolubile il diritto delle compagnie ferroviarie; altri come diritto di enfiteusi; altri come diritto di superficie: il concetto di un diritto di usufrutto sembra a noi più rispondente alla realtà. Il MELUCCI (*op. cit.*, lez. II, n. 7) propende per la ipotecabilità delle ferrovie in modo assoluto; anco se appartengono allo Stato, di cui costituiscono una proprietà in commercio, sebbene affetta all'uso pubblico, in ragione del reddito di cui sono suscettive. Della stessa opinione è il RICCI, *Diritto civile*, X, 141.

(1) CANNADA-BARTOLI, *op. cit.*, II, 180.

(2) MIRABELLI, *op. cit.*, pag. 18. CANNADA-BARTOLI, nella minuziosa esposizione che presenta dell'importante argomento, osserva che la ipotecabilità delle ferrovie concesse secondo la legge organica del 1865 presenta ormai un interesse puramente storico, avendo le più recenti leggi variato affatto i sistemi di concessione (n. 165); ma poco più oltre riconosce che con la legge 24 luglio 1888 n. 5550 lo Stato è ritornato, almeno in parte, al sistema della concessione secondo il vecchio metodo della legge 20 marzo 1865, pentito forse, benchè tardi, di averlo dismesso (n. 175). Preme a noi di notare che ammettendo la ipotecabilità delle ferrovie concesse all'industria privata abbiamo inteso di riferirci unicamente a queste concessioni perfette, secondo le quali la società concessionaria costruisce le linee, le esercita, anticipa i fondi, rivalendosi della spesa anticipata con le rendite dell'esercizio e con le sovvenzioni dello Stato. Le ferrovie costruite per conto dello Stato, secondo la legge 29 luglio 1879 n. 5002, e quelle concesse dallo Stato alle società esercenti in virtù delle convenzioni ferroviarie approvate con legge 27 aprile 1885 n. 3048,

281. Venendo adesso a parlare della ipotecabilità delle ferrovie per parte dello Stato, osserviamo anzi tutto che l'unico possibile obietto contro di essa può trarsi dal considerarle come comprese nel pubblico demanio (1); ma è facile rispondere che la espressione «*strade nazionali*» contenuta nell' art. 427 Cod. civ. non comprende le ferrovie, le quali rappresentano, è vero, un altissimo interesse pubblico, ma sono in pari tempo fonte di lucro, perchè prestano un servizio retribuito ed assicurano a chi le ha costruite e le esercita, o ne concede ad altri l' esercizio, un provento che corrisponde all' interesse, e spesso ancora all' ammorta-

---

non possono essere ipotecate che dallo Stato. Quanto alle prime basta ricordare l'articolo 14 della legge che le riguarda: « La proprietà delle linee costruite dallo Stato per effetto della presente legge, rimarrà interamente a lui devoluta »; quanto alle seconde basta osservare che si tratta di semplice locazione, la quale non ha potuto attribuire alle società esercenti che un diritto personale di godimento. Ciò vale specialmente per la società esercente le ferrovie mediterranee che appartengono allo Stato per averle riscattate dalle antiche società delle Romane e dell' Alta Italia; quanto alla società delle strade ferrate meridionali esercente la rete adriatica, questa ha, oltre l' esercizio concessole con la legge 27 aprile 1885, anco il diritto reale immobiliare ipotecabile, derivante dalle concessioni precedenti.

(1) È questo infatti il concetto da cui parte CANNADA-BARTOLI (*op. cit.*, 154) per negare la ipotecabilità delle ferrovie appartenenti allo Stato; ed è inesplicabile come questo egregio scrittore, di solito così accurato, pervenendo a siffatta conseguenza, dimentichi quello che aveva scritto poche pagine innanzi al n. 144: « Ma da questo carattere proprio delle ferrovie, di costituire, cioè, un ramo di pubblico servizio, mal si argomenterebbe la loro demanialità e quindi la indisponibilità e la incommerciabilità delle medesime. Una ferrovia appartenente allo Stato o a privati, è una proprietà come di qualunque altra cosa, suscettibile di dominio. Non capace di dominio, come vedremo più avanti, sono soltanto le cose comuni, come la luce, l'aria, il mare, l' acqua ecc., le quali, fornite come sono di una utilità perenne e inesauribile, servono a tutti e non sono di nessuno. Ma la ferrovia rappresenta un valore permutabile, una utilità appropriabile di alcuni esclusivamente, e perciò è suscettiva di dominio ».

mento, del capitale occorso per costruirle (1); si è tentato di equiparare le ferrovie alle strade nazionali, argomentando dall'art. 11 della legge 20 marzo 1865 sulle opere pubbliche, pel quale non può, di regola, esservi strada nazionale fra due punti del territorio che siano collegati da una ferrovia, per modo che, venendo aperte ad uso pubblico ferrovie che corrono nella stessa direzione delle strade nazionali esistenti, queste passano nella classe delle provinciali; ma la equiparazione non regge: niun argomento può trarsi da quella singolare disposizione, la quale ha per oggetto soltanto di togliere allo Stato l'onere del mantenimento delle vie nazionali, quando ha provveduto altrimenti ai bisogni della viabilità: le strade nazionali appartengono al demanio pubblico, perchè sono «*per loro natura inalienabili*» (art. 430 Cod. civ.); non appartengono al demanio pubblico le ferrovie, perchè non sono tali, nè per natura, nè per determinazione di legge; innumerevoli sono i documenti legislativi che hanno approvato convenzioni di acquisto e di alienazione delle ferrovie pubbliche per parte dello Stato (2), lo che non sarebbe giuridicamente possibile, se le ferrovie

---

(1) Il CANNADA-BARTOLI (*op. cit.*, II, 154) dice che la riscossione del prezzo di trasporto delle persone e delle cose a seconda delle tariffe è «*un onere imposto sull'uso pubblico*»; ma ciò non distrugge la sostanziale diversità dei due casi: quando lo Stato spende per costruire una strada nazionale ordinaria, assume l'onere del mantenimento e non si procura alcun provento, perchè l'abbandona all'uso libero e gratuito di tutti i cittadini; quando spende per costruire una ferrovia, si assicura un provento diretto o indiretto, coll'esercitarla o col cederne ad altri l'esercizio; questo provento sarà maggiore o minore, remunerativo o no, secondo il traffico; ma è indubitato che una ferrovia non è abbandonata al libero uso di tutti i cittadini; è un mezzo di comunicazione che interessa tutti, ma che costituisce, per ciò che attiene ai suoi proventi, una proprietà esclusiva.

(2) Una accurata enumerazione delle leggi promulgate in Italia, dalle quali si argomenta la disponibilità e la commerciabilità delle ferrovie è contenuta nel citato libro di CANNADA-BARTOLI, II, 145, il quale in proposito così conclude: «Dopo ciò sulla esistenza di tante leggi e di tante convenzioni che re-

facessero parte del demanio pubblico (1); le ferrovie non sono, come i beni del demanio pubblico, fuori di commercio; quindi non possono essere annoverate fra le proprietà demaniali; le ferrovie rappresentano economicamente un capitale di milioni, una attività patrimoniale soggetta alle leggi dello scambio e della permutabilità; annoverarle fra le cose demaniali, sarebbe farne una mano-morta in un secolo in cui le mani-morte furono abolite, sarebbe un sottrarre inconsultamente alla circolazione il vistosissimo capitale impiegato nella loro costruzione, che costituisce una parte notevole della ricchezza nazionale (2).

L'art. 29, già ricordato, della legge 29 luglio 1879 risolve la questione; la ipotecabilità delle ferrovie costruite per conto dello Stato in virtù di quella legge, è ammessa in modo da non potersene dubitare; si tratta di un'ipoteca legale, esonerata dall'obbligo della iscrizione, per la particolarità del suo oggetto; ma si tratta di una ipoteca vera e propria, diritto reale immobiliare, attributivo del diritto di prelazione ai creditori ai quali è concesso: non essendo lecito ritenere che la voce ipoteca sia stata dal legislatore adoperata in un senso improprio, non rispondente alla definizione che della ipoteca è data nell'art. 1964 Cod. civ. Se pel citato art. 29 i portatori dei titoli ferroviari emessi dallo Stato onde procurarsi i mezzi occorrenti alla costruzione delle linee ferrovia-

---

golano l'acquisto, il trasferimento e la cessione delle ferrovie, siano come si vuole ramo di pubblico interesse, si equiparino più o meno esattamente alle cose demaniali, non se ne potrà mai negare la disponibilità e la commerciabilità. La indisponibilità e la non commerciabilità delle ferrovie, sarebbe perciò un errore contradetto dalla costante pratica delle leggi e delle convenzioni ».

(1) Anco i beni del demanio pubblico possono essere alienati; ma soltanto quando vien meno la loro destinazione all'uso pubblico e alla difesa nazionale (art. 429 Cod. civ.). Le ferrovie invece possono essere alienate, e lo sono di fatto, senza che venga meno la loro destinazione. Lo stesso CANNADA-BARTOLI, che nega la ipotecabilità delle ferrovie appartenenti allo Stato, dice che in astratto le ferrovie sono suscettive d'ipoteca (*op. cit.*, 151).

(2) CANNADA-BARTOLI, *op. cit.*, II, 151.

rie, godono della ipoteca legale su queste linee, può trarsene la conseguenza che le ferrovie dello Stato sono suscettive d'ipoteca, che è quello appunto che ci eravamo proposti di dimostrare: la ipoteca è concessa in quel caso senza che occorra la formalità della iscrizione; ciò vuol dire che tale formalità occorrerà nei casi ordinari, in cui la legge non contenga un'espressa dispensa dalla osservanza della medesima.

Occorre appena avvertire che le ferrovie dello Stato, come ogni altro immobile al medesimo spettante, non potrebbero essere ipotecate se non in virtù di autorizzazione espressa contenuta in una legge speciale (1); ma ciò attiene alla forma, non alla sostanza: quanto alla sostanza, ci sembra indubitabile il principio da noi affermato della ipotecabilità (2).

---

(1) Legge sull' amministrazione e sulla contabilità generale dello Stato. Testo unico approvato con R. D. 17 febbraio 1884, art. 13.

(2) La materia dovrebbe essere regolata con apposita legge, la quale contenesse norme speciali circa l' ipoteca ferroviaria e la esecuzione forzata delle ferrovie ipotecate. Posto infatti che lo Stato venisse meno agl' impegni assunti verso i portatori dei titoli ferroviari che per l' art. 29 della legge 29 luglio 1879 sono garantiti da ipoteca legale sulle linee ferroviarie, come potrebbero essi esercitare i loro diritti? La legge svizzera provvede saggiamente alla liquidazione delle società ferroviarie che vengono meno ai loro impegni verso i portatori di obbligazioni di priorità e verso i creditori ipotecari (Cons. su ciò GIANTURCO, *op. cit.*, § 89); ma il problema della esecuzione forzata contro lo Stato, per parte dei creditori aventi ipoteca sopra le linee ferroviarie costruite dallo Stato e appartenenti al medesimo, è nello stato presente della legislazione evidentemente insolubile. I creditori sarebbero in balìa del debitore; l'ipoteca costituisce tutt' al più un impegno morale per parte dello Stato, di tenere a disposizione dei creditori, che nominalmente ne godono, i proventi dell'esercizio, quando questo sia attivo. Come prova della grande incertezza che regna in questa materia ricordiamo come un egregio specialista della materia, il GASCA, nega nel suo *Codice ferroviario* la ipotecabilità delle ferrovie quantunque concesse all' industria privata (Vol. I, p. 137), Quanto al Diritto francese cons. DALLOZ, *Rép. gén.* V. *Priv. et hyp.*, 837 e seg.; LAURENT, *op. cit.*, XXX, 220; AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 169.

282. Per essere suscettivi d'ipoteca i beni superiormente enumerati devono essere in commercio; i beni sottratti al commercio non sono alienabili e perciò non possono essere ipotecati, perchè la ipoteca fa capo all'alienazione.

Da questo speciale punto di vista devono dirsi non suscettivi d'ipoteca i beni demaniali dello Stato e i beni d'uso pubblico delle provincie e dei comuni, sebbene abbiano la materiale struttura di beni immobili, e l'attitudine a produrre una rendita. Per conseguenza non possono essere ipotecati neppure quelli fra i beni del demanio pubblico o di uso pubblico delle provincie e dei comuni, che potrebbero senza cambiare natura essere destinati ad uso privato e formare oggetto di locazione (1); non soltanto il lido del mare, i fiumi e torrenti e gli altri beni del demanio pubblico enumerati nell'art. 427 Cod. civ., ma ancora le costruzioni e i fabbricati destinati al pubblico servizio, che non può nè deve patire interruzione (2).

Fra questi beni dichiarati inalienabili dalla legge, e per ciò non suscettivi d'ipoteca nè per convenzione nè per sentenza, sono da annoverare.

a) Le *strade ordinarie d'uso pubblico*, distinte in nazionali,

---

(1) Lo decise in termini la Cass. di Firenze nella causa Segrè contro Comune di Pisa (sentenza del 16 dicembre 1889, *Foro it.*, 1890, I, 415) osservando che rientrano nel demanio pubblico anco quei beni che non sono nel godimento diretto e immediato di tutti i cittadini. La demanialità, secondo questa importante decisione, si desume dall'essere i beni destinati « all'esercizio di una funzione essenziale dello Stato, delle provincie, dei comuni, che non possa essere sospesa nè interrotta, e al soddisfacimento di pubbliche necessità cui non si possa mancare senza profonda jattura dell'interesse generale ».

(2) Intendiamo in questa parte attenerci ad una estrema brevità di trattazione avendo già discorso di questa materia nel trattato *Dei privilegi*, 12. Sulla ipotecabilità dei beni patrimoniali dello Stato, delle provincie, dei comuni, rinviamo allo stesso trattato *Dei privilegi*, n. 14 e seg. ove è largamente confutata la opinione di GABBA e gli altri scrittori che propugnano la opinione negativa.

provinciali e comunali, e con esse le piazze e gli altri luoghi pubblici, e i loro accessori, fogne, fossi, ponti, marciapiedi ed altre adiacenze (1);

b) Il *lido del mare*, che è quel tratto di spiaggia dove pervengono le acque marine nelle più alte accrescenze (2), dichiarato di spettanza del demanio pubblico in considerazione di quel supremo interesse che è la difesa dello Stato, nonchè per assicurare la libertà della pesca e la sorveglianza delle cose (3);

c) I *porti*, i *seni* e le *spiaggie*; dovendosi intendere comprese sotto quest'ultima denominazione quelle zone di terra più prossime al lido, che per ragioni marittime e militari si vogliono esenti da privato dominio (4);

d) I *fiumi* e *torrenti* considerati nel loro complesso, cioè nell'alveo e nella massa di acqua che trascorre per il medesimo (5);

---

(1) Meucci, *Istit. di diritto amministrativo,* II, p. 40. Dicemmo di sopra la ragione per la quale non crediamo che alle strade nazionali siano da equipararsi le ferrovie. In tutto il resto seguiamo l'accurata enumerazione data da Cannada-Bartoli (*op. cit.*, II, 81), che sostanzialmente concorda con gli altri scrittori della materia come Pochintesta, *op. cit.*, I, 107; Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, I, 111; Melucci, *op. cit.*, lez. II, n. 7.

(2) L. 96 D. *De verb. signif.* (L. 16): « Litus est, quousque maximus fluctus a mari pervenit ».

(3) Cons. su ciò la nostra *Legislazione agraria,* I, n. 60; Lomonaco, *Distinzione dei beni,* n. 23.

(4) Cass. Palermo, 2 marzo 1889, *Legge,* 1889, I, 799.

(5) Meucci, *op. cit.*, I, p. 42. È da notare che il Codice civile italiano non esige la navigabilità come condizione *sine qua non* perchè un fiume o torrente faccia parte del demanio pubblico; e in ciò differisce dal Codice francese (art. 538). È da notare ancora che l'alveo, secondo la dottrina comunemente ricevuta, appartiene al pubblico quanto all'uso, al proprietario rivierasco quanto alla proprietà (Lomonaco, *op. cit.*, n. 23; Cass. Palermo, 22 novembre 1884, *Annali di giur. it.*, 1885, I, 427); con ciò si spiega l'acquisto alluvionale (articolo 453 Cod. civ.). L'ipoteca costituita sul fondo laterale di proprietà privata si estende all'alveo di fiume che perde la sua destinazione e passa a formare parte del fondo stesso per diritto di accessione; ma questo caso rientra nel-

e) Le *portè*, le *mura*, le *fosse*, i *bastioni delle piazze da guerra* e *delle fortezze* e le *aree* occupate permanentemente dalle fortificazioni (1), non però le zone di proprietà privata soggette a semplice servitù militare (2);

f) Tutti gli altri beni che per la loro destinazione al pubblico servizio rientrano nel dominio pubblico, per quanto non compresi nella enumerazione semplicemente dimostrativa contenuta nell'art. 427 Cod. civ. (3). Rientrano in questa categoria i grandi canali di navigazione di proprietà dello Stato (4), i grandi laghi (5) e gli edifizi destinati all'uso pubblico (6), quali sarebbero i palazzi

---

l' art. 1966 Cod. civ. di cui sarà parlato diffusamente nella sez. II di questo capitolo. Quanto ai rivi, colatori e minori corsi d'acqua pubblica di cui è parola nella legge 20 marzo 1865 sui lavori pubblici, art. 102, questi appartengono generalmente ai consorzi istituiti per la loro manutenzione; ma non sono ipotecabili, perchè non hanno reddito, nè valore permutabile, e perchè d'altronde, sebbene non facciano parte del demanio dello Stato, sono di uso pubblico e hanno una destinazione di utilità generale alla quale non possono essere sottratti.

(1) Cannada-Bartoli, *op.* e *loc. cit.*

(2) Queste zone non appartengono al demanio pubblico: legge 22 aprile 1886, n. 3820 che estende a tutto il Regno la legge sarda 19 ottobre 1859.

(3) Tutti si accordano nel ritenere non tassativa la enumerazione dell' articolo 427 Cod. civ. Cons. su ciò la nostra *Legislazione agraria*, I, 57.

(4) Se il canale fosse costruito da un privato, o da una società privata, che avesse ottenuto la concessione di deviare acque pubbliche, sarebbe suscettivo d' ipoteca siccome è stato dimostrato di sopra al n. 276.

(5) Legge 20 marzo 1865 sui lavori pubblici, art. 93 e 100. Occorre però che il lago abbia carattere d'uso pubblico, lo che per il citato art. 93 si argomenta principalmente dal fatto che serve alla navigazione a scopo di commercio e d' industria; un piccolo lago, ove la navigazione non avrebbe altro scopo che il diletto o la utilità del proprietario del fondo circostante, sarebbe di proprietà privata e perciò ipotecabile.

(6) Cit. sent. Cass. Firenze, 16 dicembre 1889, *Foro it.*, 1890, I, 415; Meucci, *op. cit.*, I, p. 71-73 il quale argomenta dalla esonerazione dell' imposta fondiaria concessa con legge 14 luglio 1864 e successive concordanti. Meglio si argomenta il principio dal capoverso dell'art. 556 Cod. civ.

compresi nella dotazione della corona, gli edifizi destinati alle riunioni del parlamento, i ministeri, le prefetture, le residenze municipali, gli edifizi scolastici e simili (1).

283. Gl' immobili destinati al servizio del culto non possono dirsi fuori di commercio in modo assoluto e perciò incapaci d'ipoteca. Osservammo già che manca nella legislazione nostra una disposizione che autorizzi a considerare i beni destinati al culto come sottratti all' azione dei creditori in ragione di questa loro destinazione (2). Questi beni possono considerarsi come fuori di commercio in quanto possano dirsi destinati all'uso pubblico.

Sono per conseguenza incapaci d'ipoteca i palazzi apostolici, dichiarati inalienabili dall'art. 5 della legge 13 maggio 1871 sulle guarentigie accordate al capo della Chiesa cattolica (3), gli edifizi dei vescovati, i seminari, le case parrocchiali, le fabbricerie ed istituti congeneri, e generalmente tutti i beni che furono esclusi dalla conversione dell'asse ecclesiastico con la legge 7 luglio 1866 e con la successiva 11 agosto 1870 (4).

---

(1) CANNADA-BARTOLI, *op.* e *loc. cit.*

(2) Cons. su ciò il nostro trattato *Dei privilegi*, n. 12 con le autorità ivi citate. Anco il GIANTURCO (*op. cit.*, § 80) osserva che la triplice partizione romana delle *res sacrae, sanctae et religiosae* non è ricevuta nel diritto civile italiano.

(3) « Il sommo Pontefice, oltre la dotazione stabilita nell' articolo precedente, continua a godere dei palazzi apostolici Vaticano e Lateranense, con tutti gli edifizi, giardini e terreni annessi e dipendenti, non che della villa di Castel Gandolfo con tutte le sue attinenze e dipendenze. I detti palazzi, villa ed annessi, come pure i musei, la biblioteca e le collezioni di arte e di archeologia ivi esistenti, sono inalienabili, esenti di ogni tassa o peso e da espropriazione per causa di utilità pubblica ».

(4) Per l'art. 18 n. 7 della citata legge 7 luglio 1866 fu dichiarata la inalienabilità di alcuni conventi per la loro importanza artistica e storica; rientrano in questa categoria la celebre Badia di Montecassino, la Certosa di Pavia e simili. Cons. su ciò CANNADA-BARTOLI, *Lo Stato e la potestà ecclesiastica*, n. 102.

Quanto alle chiese, conviene distinguere i rapporti civili dagli ecclesiastici (1); non può aversi riguardo alla consacrazione, perchè ciò che ne determina la inalienabilità, e la conseguente non ipotecabilità, non può essere che la destinazione all'uso pubblico riconosciuta dalle leggi vigenti (2). Gli oratorii privati sono per conseguenza ipotecabili insieme al fondo in cui si trovano e di cui formano parte integrante.

Per ciò che attiene ai sepolcri sono da seguire gli stessi criteri; manca una disposizione che li dichiari fuori di commercio perchè tali; ma se si trovano in un pubblico cimitero, sono indubbiamente esclusi dall'azione dei creditori, perchè il cimitero rientra fra i beni comunali d'uso pubblico (3); se poi il sepolcro si trova nel fondo privato, o in un privato oratorio, non è ipotecabile separatamente, ma è colpito dall'ipoteca gravante il fondo e

---

(1) GIANTURCO, *op.* e *loc. cit.*

(2) Da questo punto di vista sono indubbiamente incapaci d'ipoteca le basiliche, le cattedrali, le chiese parrocchiali, quelle dei conventi soppressi dichiarate esenti da conversione e generalmente quelle che possono dirsi riconosciute di uso pubblico dalla autorità civile. Cons. in questo senso Casale, 4 luglio 1873, *Giurispr. tor.*, X, 627. Quanto agli speciali privilegi accordati alle confessioni religiose differenti dalla cattolica da antiche disposizioni legislative e regolamentari, consulta la diligente esposizione che ne fa il SAREDO nel suo *Codice ecclesiastico,* Parte III, p. 189 e seguenti.

(3) Non varrebbe obiettare che una sepoltura privilegiata o una cappella di famiglia ha potuto formare oggetto di alienazione onerosa per parte del comune e che per conseguenza ha un valore permutabile affetto all'azione dei creditori. Il fatto del comune che aliena le sepolture privilegiate, o le aree per costruire nel cimitero comunale cappelle e monumenti, o cappelle già costruite, non implica alienazione di beni immobili, ma piuttosto concessione di privilegio a determinate persone o famiglie; il diritto di valersene è perciò strettamente personale; la sepoltura, la cappella, il monumento, formano parte integrante del cimitero e ne seguono le sorti. Potrà aversi in qualche caso, purchè i regolamenti municipali lo permettano, la cessione volontaria da una ad altra famiglia, ma non è concepibile espropriazione forzata.

suscettivo di esecuzione immobiliare unitamente al medesimo. Avvenuta l'aggiudicazione a favore di un terzo, al debitore non potrebbe restare alcun diritto reale; neppure per accedere al sepolcro a compiere quelli uffici di pietà che sono imposti dalla religione e dall'affetto; egli potrebbe soltanto fare eseguire a sue spese la esumazione e trasportare nel cimitero comunale, o in altro luogo, i cadaveri dei suoi cari (1).

284. Quei beni che non sono dichiarati inalienabili in modo assoluto, ma possono essere alienati soltanto previa osservanza di determinate formalità, non possono essere presi in particolare considerazione in questa sede. I beni dei minori, degl'interdetti patrimoniali dello Stato, delle provincie, dei comuni, i beni degl'istituti pubblici civili ed ecclesiastici, quelli costituenti il patrimonio ecclesiastico di un sacerdote a forma delle leggi canoniche e simili, non possono dirsi fuori di commercio; le leggi ne vietano l'alienazione, e per conseguenza l'ipoteca, senza le autorizzazioni prescritte caso per caso, e comminano anco la nullità delle alienazioni poste in essere e delle ipoteche consentite senza che siano state osservate le forme richieste; ma ciò attiene piuttosto alla capacità subiettiva che alla obbiettiva; la legge non parte da considerazioni riguardanti lo speciale modo di essere dei beni e la loro destinazione,

---

(1) Per quello che abbiamo esposto nel testo su questo delicato argomento non possiamo in tutto condividere la opinione del GIANTURCO (*op.* e *loc. cit.*), il quale dice che le sepolture private si comprano e si vendono e che per conseguenza sono in commercio anco rispetto all'ipoteca. A noi par chiaro che ciò può dirsi della sepoltura posta nel fondo privato; non di quella che si trova nel cimitero comunale, per le ragioni indicate nel testo. Una questione affine a quella che abbiamo accennata consiste nel determinare se l'acquirente di un fondo nel quale si trova una sepoltura privata, abbia diritto di remuovere i cadaveri che vi si trovano, e di farli collocare nel luogo a ciò destinato dalle autorità competenti. La soluzione affermativa non ci sembra dubbiosa, semprechè nell'atto di vendita non sia stato stipulato.

ma da considerazioni desunte dalla situazione personale di chi ne ha la proprietà (1).

Non è dunque il caso di parlare di ciò. Dobbiamo limitarci a rinviare a quanto in proposito avemmo occasione di esporre parlando della ipoteca convenzionale (sopra n. 212).

In ragione della loro destinazione possono dirsi, sino ad un certo punto, non suscettivi d'ipoteca gl'immobili costituiti in dote, finchè dura il matrimonio; vi è un divieto d' ipotecarli connesso con l'inalienabilità loro; ma è divieto relativo, non assoluto, sia perchè la dote può essere dichiarata alienabile, e per conseguenza ipotecabile, nel contratto di matrimonio (art. 1404 Cod. civ.), sia perchè, mancando questa dichiarazione, l'ipoteca può essere consentita dai coniugi sempre che sia autorizzata dal tribunale civile del loro domicilio nei casi di necessità o di utilità evidente (articolo 1405 Cod. civ).

Mancando l'una e l'altra di queste condizioni, la ipoteca costituita sui beni dotali può essere annullata sulle istanze del marito e della moglie durante il matrimonio e sulle istanze della moglie anche dopo lo scioglimento del medesimo (art. 1407 Codice civile).

Dopo tutto quello che su questa materia abbiamo esposto nella Parte XII Vol. I di questo *Diritto civile italiano*, dobbiamo limitarci ad un semplice rinvio per evitare inutili ripetizioni.

B. *Accessori dei beni immobili.*

SOMMARIO

285. Principii stabiliti in proposito dalla legge — 286. Modificazioni che può arrecarvi la volontà delle parti — 287. Frutti della terra e degli alberi — 288. Immobili per destinazione — 289. Osservazione speciale riguardante la estensione della ipoteca alle macchine immobilizzate — 290. Diritti del cre-

(1) Giustamente osserva il CANNADA-BARTOLI (*op. cit.*, II, 84) che ciò riguarda la capacità giuridica delle persone che costituiscono l'ipoteca, non l'attitudine dei beni che ne formano l'oggetto.

ditore ipotecario in caso di sottrazione degl' immobili per destinazione colpiti dalla sua ipoteca—291. Valutazione degl' immobili per destinazione—292. Conflitti fra creditori. Pignoramento e trascrizione—293. Ipoteca sugli opifici industriali. Sua estensione all'avviamento—294. Macchine poste nel fondo dal conduttore—295. Materiali ed altri oggetti che fanno parte dell' immobile ipotecato — 296. Taglio di boschi d'alto fusto. Diritti del creditore ipotecario — 297. Applicazioni pratiche.

285. I beni immobili che sono in commercio sono capaci d'ipoteca coi loro accessori reputati come immobili (art. 1967 n. 1 Cod. civ.). Con ciò il legislatore non intende esprimere il concetto che le cose le quali rientrano sotto la espressione *accessori reputati come immobili* possano essere ipotecate separatamente dal fondo a cui appartengono; considerate in sè stesse queste cose sono mobili, e perciò incapaci d'ipoteca; invece la ipoteca legittimamente costituita ed iscritta sul fondo, le colpisce, perchè ne formano parte integrante e ne aumentano il valore.

Siffatta estensione della ipoteca che colpisce il fondo agli accessori del medesimo, ha luogo indipendentemente dalla stipulazione e dalla stessa intenzione delle parti interessate nel rapporto giuridico; il legislatore nel prescriverla prescinde completamente da ciò ed ispira la sua disposizione al principio che l'accessorio partecipa della condizione giuridica del principale e ne segue le sorti.

Questa essendo la ragione della disposizione che imprendiamo ad esaminare, ne derivano due importanti conseguenze.

La prima, che l'ipoteca colpisce non soltanto gli accessori che si trovano nel fondo al momento in cui è consentita ed iscritta, ma anco quelli che successivamente acquistano tale qualità; non è perciò richiesta una speciale descrizione loro nel titolo costitutivo o nelle note (1); la ipoteca li colpisce al momento che vengono posti nel fondo per servire permanentemente al medesimo, in virtù del rapporto intellettuale o materiale in cui vengono a trovarsi con esso per la ricevuta destinazione (2).

(1) Bologna, 13 luglio 1869, *Giur. it.*, XXI, II, 469.

(2) Brescia, 13 agosto 1878, *Legge*, XIX, I, 628.

La seconda, logicamente argomentata dalla prima, che l' ipoteca cessa di colpire gli accessori dell'immobile ipotecato dal momento stesso in cui perdono tale qualità. La regola dell'art. 1964 ultimo capov., che la ipoteca è inerente ai beni e li segue presso qualunque possessore, non è in questo caso applicabile: separati dal fondo al quale erano addetti, gli accessori perdono tale qualità per riprendere la loro condizione giuridica di beni mobili, che, appunto per essere mobili, non sono capaci d'ipoteca (1). Un'azione ipotecaria contro il terzo acquirente di questi beni, sia pure a titolo gratuito, non sarebbe ammissibile: il creditore avrebbe soltanto il diritto di far revocare, secondo le norme generali, l'alienazione come fraudolenta (art. 1235 Cod. civ.) e d' invocare contro il debitore il principio in virtù del quale il medesimo decade dal benefizio del termine, se per fatto proprio ha diminuito le date cautele (art. 1176 Cod. civ.).

286. Se però nello stabilire che l' ipoteca costituita sull' immobile si estende ai suoi accessori, il legislatore prescinde dalla intenzione delle parti, e ha riguardo unicamente al rapporto che intercede fra l'immobile ipotecato e ciò che è reputato accessorio del medesimo, non è vietato alle parti di esprimere validamente una diversa volontà. Nei rapporti diretti fra debitore e creditore non è vietato di stipulare che la ipoteca colpisca il solo immobile, non gli accessori, sia riferendo il patto agli accessori in genere, sia limitandolo a certi accessori determinati; del pari non è vietato di stipulare che la vendita di quelle cose che sono solite stare col fondo, perchè destinate al servizio del medesimo, non abbia per effetto di far decadere il debitore dal benefizio del termine, in quanto il creditore si consideri assicurato sufficientemente dal puro valore fondiario dell' immobile ipotecato (2). Dato pure che l' atto

---

(1) Pochintesta, *op. cit.*, I, 109; Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, I, 112.

(2) Pochintesta, *op.* e *loc. cit.*; Pacifici-Mazzoni, *op.* e *loc. cit.*

costitutivo dell'ipoteca non contenga speciali deroghe intorno alla sua estensione agli accessori, questa può essere esclusa o limitata per fatto del creditore al momento in cui l'azione ipotecaria è posta in esercizio; se infatti il creditore limita la domanda di subastazione al puro immobile, e non si cura di fare inserire nella sentenza di ordine di vendita e nel bando la condizione che gli accessori siano compresi nell'aggiudicazione, e che l'aggiudicatario debba pagarne il prezzo, viene con ciò a rinunziare implicitamente al diritto di prelazione che gli compete, e il debitore conserva la libera disponibilità di tutto ciò che non è coinvolto nella espropriazione (1).

Non a caso abbiamo detto che tutto ciò può avvenire nei rapporti diretti fra creditore e debitore: imperocchè è indubitato che il creditore, stipulando la esclusione degli accessori dalla sua ipoteca, o limitando la espropriazione al puro immobile, non può pregiudicare il diritto degli altri creditori, i quali possono rendersi opponenti ed insistere perchè gli accessori siano compresi nella espropriazione. L'intervento di qualsiasi creditore nel giudizio esecutivo immobiliare per ottenere la modificazione delle condizioni di vendita, sarebbe senza dubbio legittimo; nel giudizio di graduazione poi il prezzo degli accessori sarebbe attribuito ai creditori opponenti, restando escluso dalla prelazione sul medesimo il creditore che avesse positivamente e irrevocabilmente manifestato l'intenzione di rinunziarvi.

287. Fra gli accessori colpiti dalla ipoteca in virtù della disposizione di legge in esame, sono in primo luogo da annoverare i frutti della terra e degli alberi (2); il legislatore li dichiara im-

---

(1) La Cassazione di Napoli decise in questo senso che i creditori iscritti sopra immobile cui siano annesse delle macchine, dichiarate immobili per destinazione, perdono il loro diritto sopra queste ultime, se procedono alla espropriazione del solo immobile promuovendo ed ottenendo sentenza perchè le macchine vengano tolte (sentenza del 27 luglio 1876, *Legge*, XVII, I, 196).

(2) Ancona, 1 dicembre 1876, *Foro it.*, 1877, I, 168.

mobili per natura, purchè non siano per anco raccolti o separati dal suolo; ma poichè diventano mobili a misura che sono raccolti e separati, e sono annualmente destinati ad essere venduti affinchè il fondo dia la sua rendita, è manifesto che considerati in sè stessi non sono capaci d'ipoteca, ma sono colpiti dalla ipoteca che colpisce il fondo, in quanto sono pendenti al momento in cui l'azione ipotecaria è esercitata.

A questo riguardo esercita una decisiva influenza la trascrizione del precetto, ordinata dall'art. 1933 n. 1 Cod. civ. agli speciali effetti dell'art. 2085 dello stesso Codice. L'ipoteca iscritta sull'immobile non impedisce al debitore la percezione e l'alienazione dei frutti, che sono atti di ordinaria amministrazione; è soltanto l'esercizio dell'azione ipotecaria che modifica i diritti del debitore: dalla data della trascrizione gli è interdetta l'alienazione dei frutti; quantunque egli rimanga in possesso dell'immobile come sequestratario giudiziale, semprechè sulla istanza dei creditori non sia nominato un sequestratario diverso, è tenuto a rendere conto dei frutti, il cui prezzo deve essere distribuito nel giudizio di graduazione, unitamente a quello degl'immobili ipotecati.

Può dirsi pertanto che il creditore non ha, in virtù della ipoteca e dal giorno della iscrizione, un diritto reale sui frutti prodotti dall'immobile ipotecato; il diritto reale sorge con la trascrizione del precetto sui frutti che sono pendenti al momento in cui questa formalità è eseguita e su quelli che maturano successivamente.

In pratica poi il diritto reale del creditore si estrinseca soltanto sui frutti che sono pendenti al momento in cui avviene la aggiudicazione e l'aggiudicatario entra in possesso, essendo il medesimo tenuto a pagarli, in aumento del prezzo degli immobili, secondo la stima separata che se ne fa. Se non vi è un sequestratario giudiziale diverso dal debitore, la immobilizzazione dei frutti, scritta nella legge, è una vana parola. Il debitore che aliena i frutti raccolti dopo avvenuta la trascrizione, incorre nelle pene comminate dalla legge contro i sequestratari infedeli; ma un'azione del

creditore contro il terzo, per astringerlo alla restituzione dei frutti alienati a suo favore, o al pagamento del loro prezzo, non è giuridicamente da ammettersi, salvi i casi di frode. Per quanto colpiti dalla ipoteca iscritta sul fondo, i frutti sono cose mobili: un diritto di seguito del creditore ipotecario non è riguardo ad essi accordato dalla legge (1).

Le osservazioni suesposte servono a chiarire la soluzione dei possibili conflitti fra i creditori ipotecari iscritti e quelli che non lo sono: fino a che non è avvenuta la trascrizione del precetto, qualunque creditore può pignorare i frutti degl' immobili ipotecati; dopo la trascrizione essendone vietata l' alienazione, ne è vietato il pignoramento. Il creditore iscritto può opporsi alla vendita dei frutti pignorati, invocando il fatto della trascrizione, che immobilizza i frutti e li rende affetti al pagamento dei crediti privilegiati e ipotecari secondo il loro grado insieme al prezzo degl' immobili: ai creditori chirografari non è in tal caso dovuto che il sopravanzo.

288. In secondo luogo vengono fra gli accessori di cui si tratta gl' immobili per destinazione; e così, tanto le cose che il proprietario di un fondo vi ha poste per il servizio e la coltivazione del medesimo (art. 413 Cod. civ.), quanto gli oggetti mobili annessi

---

(1) Abbiamo parlato dei *frutti naturali*, perchè il rapporto fra i medesimi e il fondo ipotecato che li produce è di facile percezione; ma il principio vale anco per i *frutti civili*, che sono percetti in ragione del fondo (art. 444 Codice civile). La ipoteca colpisce anco questi, nel senso che l' ammontare dei frutti civili, riscosso dopo la trascrizione del precetto dal sequestratario giudiziale, sia esso il debitore od un terzo, deve essere distribuito unitamente al prezzo degl'immobili nel giudizio di graduazione. Ai creditori compete per ciò l' azione alla resa del conto contro il sequestratario giudiziale; ma l' azione ben di rado si esercita quando lo stesso debitore è rimasto in tale qualità in possesso degl'immobili ipotecati, per ragioni facili a comprendersi.

dal proprietario ad un fondo od edifizio per rimanervi stabilmente (art. 414 Cod. civ.) (1).

---

(1) In una sentenza della Corte d'appello di Torino del 27 aprile 1868 inserita negli *Annali di giur. ital.*, II, II, 682, si trova affermato in modo assoluto il principio che la ipoteca iscritta sul fondo colpisce questi non quelle; ma questa affermazione è fondata sopra un' erronea interpretazione dell' articolo 2168 n. 1 Codice albertino in relazione all' art. 404 dello stesso codice, corrispondenti respettivamente agli art. 1967 n. 1 e 413 Cod. civ. La osservazione della Corte, che le cose destinate al servizio e alla coltivazione del fondo possono dal debitore o dal terzo possessore essere impunemente fatte scomparire a loro volontà, non ha valore alcuno ; anco le cose attaccate con calce o stucco, o annesse in altro modo all'edifizio per rimanervi stabilmente, possono farsi scomparire; niuno può dire per questo che non siano colpite dalla ipoteca iscritta sull' edifizio. La Corte ritenne di poter escludere la estensione della ipoteca agli accessori, che non può essere revocata in dubbio di fronte alla disposizione dell'articolo 1597 n. 1, fondandosi sulla possibilità che ha il possessore del fondo ipotecato di far cessare, in una qualsiasi delle cose che rientrano sotto la denominazione degli accessori , il vincolo materiale o intellettuale che la rende tale rispetto alla cosa principale. Questo è un grave errore. La giurisprudenza ha del resto ripetutamente deciso che la ipoteca colpisce non soltanto gli oggetti mobili di cui all' articolo 414 Cod. civile , ma anco le così dette scorte vive e morte (*instrumenta fundi*) e in genere le cose poste dal proprietario in un fondo per il servizio e la coltivazione del medesimo (Cass. Torino, 6 novembre 1877, *Annali di giurispr. ital.*, XII, I, I, 148; Venezia, 27 decembre 1877, *Legge*, XVIII, I, 619; Cass. Firenze, 4 agosto 1879, *Annali di giurispr. ital.*, XIII, I, 1, 495). La Corte di cassazione di Torino osservò nella prima delle citate decisioni che le due categorie di cose sono pienamente pareggiate dal legislatore, e che il contrario non può argomentarsi dall'art. 586 Cod. proc. civ. pel quale le cose della categoria contemplata nell'art. 413 Cod. civ. possono essere, in certi casi, oggetto di pignoramento: « Non è cosa controversa, disse la Corte, che i mobili della natura di quelli per cui piatirono Torre e Sarelli, possono cessare d'essere immobili per destinazione e che ripigliano, allora, la prima loro natura, nei casi, cioè, che sono previsti dalla legge; e l'art. 585 del Cod. proc. civ. non è che uno di questi casi. Ma sino a che il mobile è lasciato in quella condizione di applicato ad uno stabile che gli destinò il proprietario, agli occhi della legge è immobile, e per necessità è parte di esso ».

Nell'uno e nell'altro caso la destinazione deve essere permanente; fatta cioè dal proprietario, che solo ha potestà di stabilire un vincolo durevole e produttivo di effetti giuridici fra la cosa principale e la cosa accessoria destinata al servizio, alla coltivazione e all'ornamento della prima. Così se gli animali da lavoro o gli altri oggetti contemplati dall'art. 413 Cod. civ., fossero posti nel fondo dall'affittuario, non si avrebbe la immobilità per destinazione (1), e non potrebbe ammettersi per conseguenza la estensione della ipoteca (2); così pure, se i quadri, le statue ed altri consimili oggetti destinati ad ornare l'appartamento, fossero di spettanza dell'inquilino, e da lui fossero stati uniti allo stabile, non formerebbero oggetto dell'azione ipotecaria (3).

Anco qui non occorre una completa enumerazione degli oggetti delle due categorie, la quale si risolverebbe in un commento degli art. 413, 414 Cod. civ. (4). Basta avvertire che la destinazione al servizio, alla coltivazione o all'ornamento del fondo ipotecato, deve resultare in modo certo; nel dubbio dovrebbe essere esclusa, piuttosto che ammessa, perchè gli oggetti di cui si tratta sono mobili per natura; le disposizioni della legge che li dichiarano immobili per destinazione, sono disposizioni eccezionali, le quali non si estendono al di là dei casi in esse espressi; la regola che l'ipoteca iscritta sopra un immobile si estende ai suoi

---

(1) Venezia, 10 ottobre 1884, *Temi veneta,* 1884, 579.

(2) Cannada-Bartoli, *op. cit.*, II, 97.

(3) Non è di ostacolo il principio dell'art. 1966 Cod. civ. pel quale la ipoteca si estende ai miglioramenti dell'immobile ipotecato; questo vale per ciò che s'incorpora all'immobile, non per ciò che vi è annesso in qualità d'immobile per destinazione.

(4) V. su ciò Lomonaco, *Distinzione dei beni*, num. 16 e la critica da lui fatta sulla scorta di Rinaldi, *op. cit.*, 54, della teorica del codice francese quanto agl'immobili per destinazione, adottata dal legislatore italiano. Una minuta esposizione è fatta da Cannada-Bartoli, *op. cit.*, n. 99 e 100; ma non ci sembra che essa abbia sede opportuna in un commento dell'art. 1967 n. 1 Codice civile.

accessori, attribuendo al creditore ipotecario un diritto di preferenza sul loro prezzo, deroga al principio generale del pegno generico accordato indistintamente a tutti i creditori su tutti i beni del debitore; ed anco per questo riguardo non è ammissibile una interpretazione estensiva.

In questo senso fu giustamente deciso che la ipoteca non può estendersi ad una trebbiatrice adibita ad uso industriale, quantunque contemplata nell' atto costitutivo (1); l' accordo delle parti non può far sì che l' ipoteca produca i suoi effetti sopra un oggetto che dalla legge non è dichiarato capace di esserne colpito; una macchina posta in un fondo rustico, sia pure dal proprietario, non per il servizio e la coltivazione del medesimo, ma per esservi custodita nelle stagioni in cui non viene adoperata, non può dirsi accessorio di quel fondo, e non è colpita dalla ipoteca iscritta sul medesimo (2). Fu deciso ancora che le macchine e gli utensili posti in un fondo, sono da considerare come immobili, e perciò come colpiti dalla ipoteca, purchè servano al fondo non alla persona (3); la legge non dice che queste cose sono sempre immobili; lo sono quando sieno necessarie a fucine, cartiere, mulini ed altre fabbriche (art. 413 Cod. civ.); quando sono strumento di una industria personale del proprietario del fondo, non può parlarsi d'immobilizzazione, e per conseguenza di estensione della ipoteca, se non vi è l'unione materiale all'edifizio in uno dei modi indicati nell'art. 414 Cod. civ. (4).

(1) Torino, 18 febbraio 1887, *Giur. it.*, 1887, II, 364.

(2) La direzione della *Giurisprudenza italiana* opportunamente osserva in nota alla citata decisione che la immobilizzazione di un oggetto mobile è fatta dalla legge, non dalla volontà dell' uomo; se mancano gli elementi richiesti dalla legge per la immobilizzazione, la volontà dell'uomo è impotente a far sì che l'oggetto mobile si abbia a considerare come immobilizzato.

(3) Casale, 1 ottobre 1884, *Annali di giur. it.*, XIX, III, 94; Milano, 20 marzo 1885, *Annali di giur. it.*, XIX, III, 469.

(4) In questo senso fu deciso che la ipoteca iscritta sopra una casa non colpisce le macchine e i caratteri di una tipografia, sebbene il proprietario

289. La estensione della ipoteca iscritta sopra un edifizio, alle macchine che vi sono comprese, presenta una speciale importanza, non tanto per la frequente applicazione pratica che la giurisprudenza è chiamata a fare dei principii direttivi che la governano, quanto per il valore, spesso rilevante, di questi oggetti.

Ci sia concessa pertanto qualche ulteriore osservazione in proposito.

Il criterio infallibile che deve essere seguìto per risolvere le singole questioni è il seguente. Se l'edifizio ipotecato ha una destinazione industriale, la ipoteca iscritta sul medesimo si estende non soltanto alle macchine vere e proprie, ma anco agli strumenti ed utensili che servono loro di corredo (1). Se poi l'edifizio ipotecato non ha tale destinazione, ed il proprietario vi esercita eventualmente una industria che richiede l'uso di macchine, utensili

---

eserciti l'industria tipografica nella casa stessa (Casale, 8 marzo 1878, *Annali di giurisprud. ital.*, XII, III, 269). « Ma onde possano gli oggetti mobili acquistare la presunzione ed il carattere legale d'immobili per destinazione, i molti esempi indicati negli articoli 413, 414 Cod. civ. dimostrano chiaramente come detti mobili debbono in genere essere posti dal proprietario per l'esclusivo servizio e per la coltivazione del fondo, oppure debbono annettersi a questo per rimanervi stabilmente, nè basti quindi che sianvi riposti e destinati pel semplice uso del proprietario del fondo, o per il servizio accidentale di una sua arte o professione, se non furono uniti a perpetuità nel fondo medesimo li principali di essi mobili, che attribuiscono agli altri inferiori la qualità di loro accessori conseguenti ed inseparabili, come avviene pei mulini, frantoi e stabilimenti balneari, e per le officine, fonderie, filande e cartiere, nonchè per altri opifici e stabilimenti d'arte ed industria, li meccanismi dei quali sono nella maggior parte annessi ed immedesimati all' edificio o fabbricato da costituirne parte integrante, e gli altri utensili ed oggetti relativi formano un necessario loro complemento ».

(1) In questo senso fu deciso che fra gli accessori di uno stabilimento metallurgico, ai quali si estende l'ipoteca iscritta sul medesimo ai sensi dello art. 1967 n. 1 Cod. civ., sono compresi quelli strumenti, come martelli, scalpelli, tenaglie ecc., che vi sono stati introdotti e vi si trovano per le necessità del servizio (Genova, 29 maggio 1894. *Temi genov.*, 1894, 405).

ed attrezzi di qualche entità, l'ipoteca non si estende se non a quelle cose le quali sono stabilmente annesse all'edifizio ed hanno acquistato la immobilizzazione per via di unione materiale all'edifizio ipotecato; le altre cose che non vi sono stabilmente unite, rimangono mobili, non sono colpite dalla ipoteca e possono per conseguenza essere pignorate dai creditori chirografari.

L'essere la destinazione o aggregazione anteriore o posteriore alla costituzione della ipoteca, non ha importanza; da un lato, perchè estendendosi la ipoteca a tutti i miglioramenti, alle costruzioni ed alle altre accessioni dell' immobile ipotecato, essa comprende necessariamente le macchine che vengono aggregate dopo la sua costituzione ed iscrizione; dall'altro, perchè la ipoteca non colpisce gl'immobili per destinazione che si trovano nel fondo al momento in cui ha vita l'ipoteca, ma bensì quelli che vi si trovano al momento in cui l'azione ipotecaria è posta in esercizio col sequestro giudiziale operato mediante la trascrizione del precetto immobiliare.

290. Questa seconda considerazione, coerente al principio enunciato di sopra che l'ipoteca cessa di colpire gli accessori dell'immobile ipotecato dal momento stesso in cui perdono tale qualità, ci conduce logicamente ad avvertire una sensibile differenza fra gli immobili per destinazione ed i frutti. La vendita dei frutti è atto d'ordinaria amministrazione e non può dal creditore ipotecario essere impedita se non col sequestro giudiziale a cui dà luogo la trascrizione del precetto immobiliare; la vendita degl'immobili per destinazione presenta lo stesso carattere, se è fatta parzialmente, con animo di sostituire altri oggetti d'identica qualità e valore a quelli venduti, come giornalmente accade per gli animali da lavoro, che sono oggetto di continue contrattazioni, per gli strumenti resi inservibili, per le macchine che si vogliono sostituire con altre più perfette o di maggiore potenzialità; ma non presenta il carattere di atto d'amministrazione, permesso al debitore ipotecario, quando ha per oggetto l'intero corredo del fondo rustico, o

tutto il macchinario che istruisce l'edifizio ipotecato, o altra consimile universalità di fatto. In tal caso la intenzione di nuocere al creditore ipotecario e di privarlo della sua garanzia, o della massima parte di essa, è evidente: la legge non può permettere che esso resti inoperoso spettatore dell'atto che si compie in suo danno.

Quantunque non sia eseguita la trascrizione, quantunque non sia il caso di eseguirla, perchè il debitore sia in perfetta regola col pagamento degl'interessi e il debito principale non sia scaduto, il creditore potrebbe invocare il rimedio della decadenza del termine a lui concesso dall'art. 1176 Cod. civ. Non può seriamente contrastarsi che in questa specie di fatto il debitore diminuisce, per fatto proprio, le cautele date al creditore; gl'immobili per destinazione sono corredo necessario del fondo, sono colpiti dalla ipoteca costituita ed iscritta sul medesimo e devono restarvi finchè il debitore, soddisfacendo l'obbligazione garantita ipotecariamente, non abbia riacquistato piena libertà d' azione. Potrebbe inoltre il creditore domandare il sequestro giudiziale dell' immobile ipotecato e dei suoi accessori; il caso è contemplato in termini nell'art. 921 Cod. proc. civ., perchè vi è quel pericolo di sottrazione a cui allude genericamente il legislatore con questa provvida dizione, astraendo affatto dalla controversia sulla proprietà, presupposta come requisito essenziale del sequestro nell' art. 1875 Codice civile.

Un'azione diretta contro il terzo acquirente degli accessori reputati immobili per destinazione, e uno speciale diritto di seguito sopra i medesimi, quando sono divenuti proprietà del terzo, non è consentita dalla loro natura di cose mobili; con la vendita cessa la immobilizzazione; gli accessori riprendono la loro qualità mobiliare ed il terzo sarebbe nel diritto di respingere l' azione del creditore ipotecario, invocando il principio generale dell' art. 707 Cod. civ. Sono eccettuati soltanto i casi di frode, nei quali il terzo

sarebbe tenuto verso il creditore in ragione della sua mala fede e dell'ingiusto pregiudizio a lui arrecato.

291. Dal principio che l'ipoteca colpisce quelli fra gli accessori dell'immobile ipotecato che rivestono tale qualità nel momento in cui l'azione ipotecaria è posta in esercizio, deriva la pratica conseguenza che in caso di spropriazione coatta sono venduti insieme col fondo, ma sono oggetto di separata valutazione.

È nella natura delle cose che questi accessori subiscano incessanti cambiamenti; specialmente per gli animali che servono di corredo al fondo rustico, per le paglie, i foraggi ed i concimi, la variazione è continua ed inevitabile anco durante il periodo del giudizio esecutivo. Ad evitare contestazioni inutili e domande di riduzione di prezzo per parte dell'aggiudicatario, è ammesso che gl'immobili per destinazione non vengano, d'ordinario, valutati insieme al fondo: il loro valore non è compreso nella stima legale fatta a norma dell'art. 663 Cod. proc. civ. e non è generalmente compreso neppure nella stima giudiziale fatta da perito nei casi nei quali nessun creditore ha offerto il prezzo di cui al citato articolo. Avvenuta l'aggiudicazione, si stimano gli accessori esistenti al momento della consegna; il resultato di questa stima forma un aumento del prezzo degl'immobili, che deve dall'aggiudicatario essere pagato unitamente al medesimo. Se poi dalla perizia del fondo e dal bando di vendita resultasse che il prezzo pel quale l'immobile ipotecato è esposto all'incanto comprende il valore degli accessori di cui si tratta, lo che avviene specialmente se si tratta di macchinari, o di altre cose stabilmente annesse al fondo e non suscettive di sottrazione, l'aggiudicatario avrebbe diritto di opporsi a una separata ulteriore valutazione degli accessori medesimi.

292. L'essere bene spesso le cose di cui si tratta immobili per destinazione e al tempo stesso mobili per natura, rende possibile il conflitto fra il creditore ipotecario che li vuole assogget-

tati alla sua ipoteca, e gli altri creditori che invocano il principio generale del pegno generico, concesso al creditore sui beni del debitore, per sottoporli a pignoramento mobiliare.

Il legislatore elimina questo conflitto quanto agli oggetti di cui all'art. 414 Cod. civ., dichiarando nell'art. 585 Cod. proc. civ. che non possono essere pignorati « i mobili materialmente annessi ad un immobile e dalla legge reputati immobili »; ma il conflitto è possibile riguardo agli oggetti di cui all' art. 413 Cod. civ. La semplice destinazione intellettuale, fondata sulla sola intenzione del proprietario, non accompagnata da unione materiale, basta nella generalità dei casi ad allontanare il pericolo del pignoramento mobiliare; ma non basta quando vi è difetto di altri mobili e si tratta di crediti alimentari o privilegiati. Infatti l'art. 586 Cod. proc. civ. dispone: « Non possono essere pignorati che in difetto di altri mobili, e soltanto per causa di alimenti, pigioni, fitti o di altri crediti privilegiati: 1° gli oggetti non annessi materialmente a un immobile, ma riputati immobili per destinazione del padre di famiglia . . . ».

Può darsi adunque che il creditore per causa alimentare o privilegiata pignori gli oggetti dichiarati immobili nell' art. 413 Cod. civ., malgrado che il fondo al cui servizio o alla cui coltivazione sono addetti sia gravato d' ipoteche. Come si risolve il conflitto? Evidentemente la soluzione è quella stessa già accennata di sopra riguardo al pignoramento dei frutti. La estensione della ipoteca agl' immobili per destinazione non annessi materialmente al fondo ipotecato si traduce in atto mediante la trascrizione del precetto, che ha fra i suoi effetti quello principalissimo di porre il fondo sotto sequestro; se il pignoramento è anteriore alla trascrizione produce il suo effetto e il creditore ipotecario, che per esso veda notevolmente scemate le sue garanzie, può soltanto invocare il rimedio di cui all'art. 1176 Cod. civ.; se poi il pignoramento è posteriore alla trascrizione, il creditore ipotecario può

farlo dichiarare inefficace. Il sequestro giudiziale precedente ne impedisce gli effetti (1).

293. L'ipoteca sopra un opificio o sopra uno stabilimento industriale, ne colpisce l'avviamento; non perchè questo possa dirsi propriamente un accessorio dello stabilimento o dell'opificio, ma perchè ne forma parte integrante e ne aumenta il valore. Il caso è stato risoluto dai tribunali nostri; e poichè presenta con la materia fin qui trattata una manifesta connessità, non è inopportuno tenerne parola in questa sede.

Dovendosi distribuire il prezzo di una officina da gaz, stata venduta all'asta in pregiudizio della società proprietaria della medesima, caduta in fallimento, sorse questione se il prezzo da distribuirsi dovesse essere assegnato per intero ai creditori ipotecari, o se dovesse dividersi in due parti, a giudizio di periti, riguardanti l'una l'officina e i meccanismi, l'altra la clientela, per essere poi assegnate, la prima ai creditori ipotecari come prezzo di beni immobili, la seconda a tutti i creditori per contributo come patrimonio mobiliare della società. La Corte d'appello di Torino aveva pronunciato in questo senso, ma la Corte di cassazione non ritenne accettabile la tesi della Corte di merito (2).

Per la singolarità del caso riputiamo non del tutto inutile riferire la motivazione data dalla Corte suprema:

Uno stabilimento industriale (come una officina, un molino, una ferrovia, un teatro) non sussiste già unicamente nei fabbricati ove ha la sua sede, nei mobili, negli utensili, nelle macchine che vi esistono.

---

(1) Sul pignoramento delle così dette pertinenze, consulta Cass. Firenze, 4 luglio 1879, *Annali di giur it.*, XIX, I, 1, 495. È da notare però che questa decisione, resa in ordine al regolamento austriaco pel processo civile, non è applicabile alle leggi vigenti senza qualche necessaria distinzione.

(2) Cass. Torino, 23 maggio 1877, *Foro it.*, 1877, II, 890. La Corte d'appello di Casale, in sede di rinvio, si uniformò alla massima sancita dalla Corte regolatrice (sentenza del 17 decembre 1877, *Annali di giur. ital.*, XII, III, 257).

« Uno stabilimento destinato all'esercizio di arti, d'industrie, è un ente che riveste un carattere di universalità, di indivisibilità, abbracciando nel suo complesso, non solo il caseggiato, le macchine, i mobili, ma ben anche la clientela che lo alimenta.

« Un opificio che non lavora perchè non ha consumatori, un molino che non macina perchè non ha avventori, un teatro abbandonato, una ferrovia senza viaggiatori, sono come corpi morti, di poco o nessun valore.

« L'edificio, nelle sue costruzioni, nei suoi meccanismi, è il mezzo, è lo strumento potente per ottenere lo svolgimento, per raggiungere lo scopo dell'opera industriale, il cui oggetto principale sta nell'opera stessa.

« Hannovi fabbriche cospicue che dànno il pane a migliaia di operai, che provvedono ai bisogni d'intere popolazioni. È evidente che queste fabbriche, nell'universalità di tutti gli elementi che le compongono, cioè vastità, situazione e stato dell'edificio, condizione delle macchine e dei mobili, destinazione della fabbrica, circostanze delle località e clientela, costituiscono una unità, un complesso, che si chiama stabilimento industriale.

« Nella vendita di uno stabilimento che serve all'esercizio di una industria, il prezzo è commisurato in base alle circostanze locali che meglio favoriscono e possono rendere proficuo l'esercizio della industria relativa.

« Quegli che vende un opificio, o soccorre col suo danaro il proprietario, o per cautela del suo credito iscrive sull'opificio stesso una ipoteca, ha per obbiettivo il prezzo che in caso di subasta si ricaverà dalla vendita del medesimo, e che debbe servire ad estinguere le sue ragioni creditorie. Calcola che gli accorrenti all'asta non riguarderanno solo allo stato del caseggiato, dei mobili e delle macchine entrostanti, ma terranno conto principalmente del prodotto che dà l'opificio, e che naturalmente si accresce in ragione della specialità della sua destinazione, della condizione popolosa dei luoghi in cui esiste, del nessun pericolo di concor-

renza, della riputazione di cui gode lo stabilimento, della clientela che vi accorre; e che sarà su questo complesso di elementi che gli avventori misureranno le loro offerte.

« Che se al punto di vista legale, e nella schiettezza del linguaggio giuridico, l' uso cui una cosa possa essere destinata, il vantaggio che se ne possa ritrarre, sono le basi su cui vuolsi calcolare il valore della cosa stessa; gli è ovvio che con maggiore accentuazione ciò si verifica tuttavolta (come nel caso in discorso) la speciale natura della cosa assegna alla cosa stessa una particolarità, anzi esclusività di proventi.

« Difatti era stabilito che l'officina del gaz deliberata a Bodrè era ed è pur la sola che esista in Biella, era ed è la sola, di conseguenza, che possa provvedere ai bisogni della illuminazione a gaz in quella località.

« Il quale beneficio restava pure assicurato al proprietario della usina dalla concessione di appalto novennale fatta dal municipio ad Accinni. E perciò quando la sentenza in esame pretendeva di contemplare nel prezzo a cui fu deliberata quella officina il valore della clientela, come cosa distinta dall'officina, alla quale naturalmente e necessariamente appartiene, viene a fare offesa ai principii di diritto che guarentivano alla ragione ipotecaria di Accinni tutta l'ampiezza della officina, apprezzata nelle condizioni e circostanze nelle quali effettivamente si esercitava, così al tempo della vendita da esso fattane alla società francese, come al tempo dell' asta giudiziale, e veniva ancora ad offendere il principio di diritto secondo il quale la ipoteca colpisce lo stabile quale esso si trova effettivamente, ed in quelle qualità che ne determinano la destinazione giuridica » (1).

---

(1) Abbiamo reputato non inutile di riportare questa lunga motivazione per la importanza della questione in essa trattata. Del resto mentre approviamo pienamente la soluzione della Corte suprema, crediamo che la soluzione stessa possa fondarsi sopra motivi affatto diversi. Venduto un opificio industriale, non vi è luogo a distribuire il prezzo dell'avviamento a tutti i credi-

294. Un'altra importante specie di fatto, analoga ma non identica alla precedente, fu decisa dalla Cassazione fiorentina con sentenze del 27 marzo 1884 (1) e 26 aprile 1886 (2).

Certo Italo Galvani aveva acquistato nel 1877 dai signori Guicciardini la villa delle Panche per il prezzo di lire ottantamila in gran parte non soddisfatto. La villa venne poi locata, dal 1° ottobre 1879 al 31 marzo 1884, a una società in accomandita costituitasi in Firenze per la estrazione dell'alcool sotto la ragione sociale Luigi Galvani e C. La detta società, di cui uno dei gerenti era il predetto Italo Galvani, entrata che fu nel godimento della cosa locata, ne ampliò il fabbricato con nuove costruzioni, e vi adattò le proprie macchine con apparecchi e utensili inservienti alla intrapresa industria. Prima ancora di attuarne l'esercizio, la società prese a mutuo dall'avv. Franchetti una somma di lire ventimila, e a garanzia della relativa obbligazione tanto il proprietario dello stabile Italo Galvani, quanto la società conduttrice proprietaria delle macchine, consentirono una ipoteca sull'uno e sulle altre, inserendo nell'atto costitutivo della ipoteca la dichiarazione seguente: « e poichè al fondo sono state addette macchine ed altre cose mobili in servizio della industria esercitata dalla società, le quali sono reputate immobili per la speciale destinazione che è stata loro data, così i rappresentanti della società dichiarano che la detta ipoteca si intende estesa anche ai detti immobili per destinazione, perchè così per patto espresso e

---

tori per contributo, separandolo dal valore fondiario dell'edificio, riservato ai creditori ipotecari, perchè è impossibile scindere l'una cosa dall'altra. Uniti insieme formano una cosa sola, l'opificio: ed è l'opificio appunto che è colpito dalla ipoteca.

(1) *Giurispr. it.*, 1884, I, I, 359.

(2) *Giurispr. it.*, 1886, I, I, 369. Questa seconda sentenza fu resa *a sezioni unite*, stante la discordanza della Corte di rinvio dal primo giudicato della Corte regolatrice.

di rigore, senza del quale il sig. avv. Franchetti non avrebbe fatta la sovvenzione ».

Procedutosi poco di poi al giudizio esecutivo immobiliare, sorsero fra le parti interessate varie questioni che l'anormale stato di fatto rendeva inevitabili; sorse, fra le altre, la questione se le macchine poste dalla società conduttrice fossero realmente immobili per destinazione e fossero perciò colpite dall'ipoteca legale iscritta sull'immobile dai venditori Guicciardini, o, quanto meno, dalla ipoteca convenzionale iscritta dal creditore avv. Franchetti.

Con la prima sentenza la Corte di cassazione escluse che le macchine fossero colpite dalla ipoteca dei venditori, rettamente applicando gli art. 413 e 414 Cod. civ. che richiedono la perpetuità della destinazione (1); ammise però che fossero efficacemente colpite dalla ipoteca del secondo creditore costituita espressamente

(1) « Considerando che le cose di loro natura mobili, le quali sono introdotte nel fondo dal conduttore, allo scopo di servirsi della cosa locata per l'uso determinato nel contratto, o per quello che può essere presunto secondo le circostanze, e consentitogli dal proprietario dell'immobile, non entrino nella categoria di quelle che, a termini dell'art. 413, sono, sotto determinate condizioni, a riputarsi immobili per destinazione. Che di vero, il citato articolo contempla e regola le cose di loro natura mobili, le quali, appartenendo al proprietario del fondo, siano da lui poste in quest'ultimo pel servizio e la coltivazione del medesimo. Che non vi sieno altresì contemplate, nè per patto nè per legge, altrimenti che nella loro propria natura di cose mobili riguardate e considerate, quelle che mancando dell'indicato rapporto, si appartengono ad un terzo che le introduca e ponga nel fondo nell'esclusivo suo interesse. Che l'immobilizzazione in questa ultima ipotesi sia chiaro che non possa verificarsi, poichè essa per legge sia originata o dall'uso, giusta l'art. 413, cui la cosa mobile deve essere destinata dal proprietario medesimo del fondo, ovvero giusta l'art. 414 dall'annessione all'immobile da parte dal proprietario di quest'ultimo per rimanervi stabilmente. Che ciò premesso, l'uso che della cosa propria fa il conduttore, non possa confondersi con quello che la legge richiede che si faccia dal proprietario del fondo, e parimente l'annessione che, fatta dal conduttore, è essenzialmente precaria, non sia conciliabile colla perpetuità di essa, richiesta dall'art. 414. ».

sopra di esse con il consenso della società conduttrice dell' immobile, in quanto ritenne che questo consenso, congiunto a quello del proprietario dell' immobile, valesse ad imprimere alle macchine quella immobilizzazione per destinazione che nei rapporti del primo creditore iscritto giustamente era stata esclusa (1). L' errore di questa seconda soluzione era, a parer nostro, evidente; la legge sola può attribuire alle cose mobili per natura la qualità d'immobili per destinazione, e l' attribuisce loro nel solo caso in cui sono poste nel fondo dal proprietario per il servizio e per la coltivazione del medesimo; la volontà umana, in mancanza di questa condizione, non può avere un così esorbitante effetto. La società conduttrice non poteva autorizzare il proprietario dell' immobile a ipotecare le macchine, perchè queste, non appartenendo al proprietario, conservavano la loro natura mobiliare; come tali potevano essere date in pegno al creditore, ma non potevano essere ipotecate validamente: non era questione di buona o di mala fede; era questione di nullità della ipoteca per mancanza di oggetto: il debitore poteva, in ragione della sua mala fede, essere tenuto al ri-

(1) « Considerando che non meno giusta sia la censura mossa dal De Montel (cessionario Franchetti) in quanto venne disconosciuta la efficacia della sua ipoteca sopra le macchine ed altre cose mobili addette allo stabilimento industriale, le quali nell'atto di concessione di tale ipoteca si dissero riputate immobili per la speciale destinazione loro data; imperocchè se questa destinazione non fu a ragione ammessa rispetto ai Guicciardini, perchè il collocamento di quelle macchine non era stato eseguito dal proprietario dell'immobile, diverso giudizio vuolsi fare rispetto al De Montel, poichè ad esso la destinazione fu dichiarata e assicurata dal proprietario Italo Galvani, col consenso della società proprietaria delle macchine nel costituire la ipoteca; lo che equivale manifestamente, nei sensi della legge, alla destinazione data dal proprietario dell'immobile, in quanto questi venne autorizzato ad immobilizzare le macchine da chi ne poteva disporre ed assoggettarle così ad ipoteca come parte del suo immobile, nell'interesse suo e della proprietaria delle macchine. Nè la società, nè altri per essa, può insorgere contro siffatta destinazione senza la più manifesta mala fede, contravvenendo a quel patto ipotecario, mercè il quale si procurò il danaro che servì a dar vita al suo stabilimento industriale ».

sarcimento dei danni, ma non poteva parlarsi d'ipoteca valida, perchè la materia dei beni capaci d'ipoteca è sottratta alle private convenzioni (1).

Bene se ne avvide la Corte di rinvio, la quale non si uniformò al giudicato della Cassazione. Essa ritenne che la ipoteca non potesse estendersi alle macchine e non avesse, rispetto alle medesime, alcun valore, «perchè il concetto dei pasciscenti che le macchine fossero divenute immobili per destinazione, nacque da un manifesto errore di diritto, non potendosi legalmente produrre l'effetto della immobilizzazione ognorachè rimanevano separate e distinte le due proprietà»; ritenne pure «che per potersi avere questo effetto legale, sarebbe stato d'uopo che la proprietà delle macchine si fosse trasferita dalla società in Italo Galvani, proprietario dello stabile». Soggiunse «che il riconoscere valida ed efficace un'ipoteca, solo perchè la si volle dalle parti, condurrebbe all'assurda conseguenza di ammettere che alla costituzione della ipoteca basti la volontà delle parti, senza riguardo alle condizioni essenziali prescritte dalla legge» (2).

La Corte di cassazione nella seconda delle citate decisioni, resa a sezioni unite, mantenne il suo primo giudicato, insistendo sulla efficacia del patto che aveva riunito e confuso « *in idem pla-*

---

(1) La Corte fu evidentemente dominata dalla circostanza che il proprietario dell'immobile era anche socio dell'accomandita conduttrice; ma la circostanza era irrilevante, perchè socio proprietario e società conduttrice, formavano due persone distinte; le macchine erano poste dalla società, la destinazione era precaria, non perpetua, quindi non poteva parlarsi d'immobilizzazione. La facoltà di disporre della cosa non autorizza a cambiarne la natura. Applicando il ragionamento della Corte si giungerebbe all'assurda conseguenza che il proprietario di un pianoforte o di un cavallo potrebbe assoggettarlo ad ipoteca, dichiarando che intende imprimergli la condizione giuridica d'immobile.

(2) Non avendo sott'occhio la sentenza della Corte di rinvio, nè sapendo se sia stata pubblicata in qualche periodico, abbiamo dovuto riferirci al sunto che ne dà la seconda sentenza della Corte di cassazione, che abbiamo ragione di ritenere esatto.

citum la volontà dei due proprietari, facendone di fronte all'altro contraente un proprietario solo, tanto dell' immobile che delle cose mobili statevi unite ».

Dopo le osservazioni fatte di sopra non abbiamo bisogno di aggiungerne altre per dimostrare la erroneità di questo ragionamento. Le macchine, essendo proprietà della società conduttrice, conservavano la loro natura di cose mobili e non potevano essere ipotecate, neppure col consenso della società: qualunque creditore avrebbe potuto pignorarle e farle vendere col procedimento esecutivo mobiliare, non ostante la ipoteca che vi era stata impressa; esse non potevano dirsi *accessori dell'immobile ipotecato* nel senso dell' art. 1967 n. 1 Cod. civ. L' affermazione della Corte che la legge non richiede la perpetuità della destinazione, « potendo sempre la destinazione essere mutata o revocata da chi l'ha fatta », è priva di valore; la legge richiede che la destinazione sia fatta dal proprietario e tale non è quando è fatta dal conduttore. Se il giudizio esecutivo immobiliare non fosse nel caso stato iniziato, che cosa sarebbe avvenuto al 31 marzo 1884, termine dell' affitto? La società conduttrice avrebbe asportato tranquillamente le sue macchine e il creditore ipotecario non avrebbe potuto impedirlo stante la inefficacia del suo diritto d' ipoteca (1).

---

(1) Alla solerta direzione della *Giurisprudenza italiana*, non sfuggì la erroneità del principio confermato dalla Cassazione di Firenze con la seconda delle ricordate decisioni. Infatti in nota si legge: « Quanto alla ipoteca estensibile anche alle macchine introdotte dal conduttore nell'opificio locato e di sua proprietà, solo perchè esso consentì all'ipoteca unitamente al locatore, proprietario del fondo, facciamo le debite riserve; imperocchè non avendosi nella specie la immobilizzazione delle macchine, in quanto esse appartengono a persona diversa dal proprietario del fondo in cui si introdussero, le macchine restano mobili; e come tali non sono capaci d'ipoteca benchè consentita dal proprietario di esse ». Avvertiamo poi che gli scrittori sono concordi nel ritenere che le cose poste dal conduttore nel fondo rimangono mobili e non sono perciò capaci d'ipoteca: AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 164; CANNADA-BARTOLI, *op. cit.*, II, 97; Venezia, 30 ottobre 1884, *Temi veneta*, 1884, 579.

295. I principii da noi esposti riguardo agli accessori degli immobili, che non possono essere oggetto di separata ipoteca, ma sono però colpiti dalla ipoteca validamente iscritta sul fondo al servizio, alla coltivazione o all'ornamento del quale sono destinati permanentemente dal proprietario del medesimo, si applicano per evidente analogia a quei materiali e a quelli oggetti che formano parte integrante dell' immobile nel quale sono incorporati. Anco questi materiali e questi oggetti venendo distaccati, poco monta se per opera del proprietario o di un terzo, o per forza maggiore. dal fondo o edifizio di cui fanno parte, acquistano la condizione giuridica di cose mobili, e cessano perciò di essere colpiti dalla ipoteca costituita sul fondo o edifizio del quale hanno cessato di formar parte.

Ciò si applica agli affissi od infissi, alle colonne, ai marmi, alle mensole, ai balaustri che formano parte di un edifizio; ai materiali di una miniera o di una cava; agli alberi di alto fusto; e più generalmente, a tutto ciò che, formando parte integrante di un immobile, può esserne distaccato e acquistare una propria esistenza e un proprio valore.

Il creditore ipotecario potrà lagnarsi del danneggiamento arrecato al fondo che è affetto alla garanzia del suo credito; potrà invocare il sequestro, la decadenza del debitore dal benefizio del termine, quei rimedi, insomma, che sono accordati dalla legge per i casi di questo genere; ma non potrà fare annullare, in pregiudizio del terzo acquirente di buona fede, l'alienazione in suo favore compiuta dal debitore, nè perseguitare nelle mani del terzo le cose da lui acquistate, le quali, essendo divenute mobili, hanno cessato di essere colpite dalla ipoteca che colpisce il fondo o edifizio dal quale sono state distaccate.

Nella pratica possono verificarsi casi gravissimi, che rendono mal sicura e fallace la garanzia ipotecaria. Un proprietario vende alla società costruttrice di una ferrovia la crosta feconda e produttiva del suo terreno, che viene asportata, convertendo il terreno

stesso in uno sterile banco di ghiaia o di sabbia; un altro, che ha dato ipoteca sopra un tenimento ricoperto di annose piante di quercia, sola fonte di reddito del tenimento stesso, vende l'intero soprassuolo boschivo e lo fa atterrare riducendo il tenimento un'arida landa; un altro spoglia l'edifizio di tutti gl' infissi ed affissi, porte, finestre, vetrate, o lo demolisce parzialmente vendendone i materiali più costosi che ne costituivano il massimo pregio.

Non è data al creditore ipotecario l' azione reale contro il terzo acquirente: soltanto può essere ottenuta la di lui condanna al risarcimento dei danni, provando la sua mala fede e la sua partecipazione nella frode compiuta dal debitore.

296. La questione assume una grande importanza per ciò che attiene al taglio dei boschi di alto fusto. Gl' istituti di credito fondiario sono soliti premunirsi contro i pericoli di questi tagli, eseguiti su vasta scala e senza rispetto delle volute rotazioni, facendo inserire nei contratti di mutuo il divieto di tagliare i boschi di alto fusto senza il loro consenso scritto, ed esigendo che il patto relativo sia reso pubblico mediante la trascrizione. È però evidente che questa cautela può servire a costituire in mala fede il terzo che acquista le piante e le atterra non ostante il divieto; ma non vale a conservare l' azione ipotecaria, una volta che le piante sono atterrate, nè a fare acquistare un diritto di prelazione sul loro prezzo quando sia tuttora dovuto. Con l'atterramento le piante divengono mobili (art. 410 Cod. civ.) e cessano perciò di essere colpite dalla ipoteca; la materia è interamente sottratta alle private convenzioni; per conseguenza il creditore, non ostante qualunque patto che ve l' autorizza, non potrebbe pretendere di perseguitare le piante di alto fusto atterrate in pregiudizio delle sue ragioni presso l' acquirente, e tanto meno presso il terzo al quale fossero state alienate dal medesimo; neppure potrebbe esercitare sul loro prezzo un diritto di preferenza che con la estinzione della ipoteca è venuto a cessare. Che nel caso si abbia estinzione della ipoteca, è poi manifesto, perchè ricorre l' applicazione

del principio sancito nell'art. 2029 n. 2 Cod. civ. Se l'ipoteca si estingue « con la distruzione dell'immobile gravato, salvi i diritti resultanti dall'art. 1951 », l'atterramento delle piante di alto fusto, costituisce appunto un caso di distruzione dell'immobile gravato e perciò di estinzione della ipoteca: vi ha distruzione precisamente quando l'immobile cessa di essere tale e diventa mobile, in quanto perde l'attitudine, che aveva per lo innanzi, di essere oggetto dell'ipoteca.

La contraria soluzione ammessa dal legislatore nostro in materia di usufrutto nell'articolo 515 Codice civile, ove è detto che in caso di distruzione dell'edifizio il diritto sopravvive sull'area e sui materiali, non può applicarsi per analogia al caso che ci occupa: l'usufrutto è diritto diverso dalla ipoteca e può sussistere su qualunque cosa, corporale o incorporale, suscettiva di essere oggetto di proprietà; l'ipoteca invece non può sussistere che sopra gl'immobili; e per conseguenza le parti, anco sostanziali, dell'immobile ipotecato, che divengono mobili, non possono continuare ad esserne oggetto.

Neppure avrebbe luogo surrogazione del prezzo alla cosa, come nei casi contemplati dall'art. 1951 Cod. civ. Si tratta di una disposizione eccezionale, che non può estendersi da caso a caso, nè è suscettiva di essere interpretata estensivamente.

Anco di fronte all'acquirente di mala fede l'azione del creditore ipotecario è dunque azione personale di risarcimento; se l'acquirente non ha beni proprii, ed è insolvente, il danno risentito dal creditore per il taglio delle piante d'alto fusto, è irreparabile, non restando a lui che i rimedi ordinari degli art. 1176, 1980 Cod. civ.

Questo diciamo nella ipotesi che il creditore si accorga del taglio delle piante d'alto fusto, quando è già avvenuto, lo che accadrà spesso non essendo possibile esercitare una continua sorveglianza; che se al contrario il creditore giungesse in tempo, può

domandare il sequestro giudiziale dell' immobile ipotecato, in virtù del principio generale scritto nell' art. 921 Cod. proc. civ.

297. La situazione di fatto accennata nel numero precedente presenta qualche difficoltà nel caso in cui le piante d' alto fusto sono state vendute con regolare contratto avente data certa dal debitore proprietario dell' immobile ipotecato, ma non sono per anche state atterrate dal terzo che le ha acquistate e pagate: può in questo caso il creditore ipotecario ottenere il sequestro delle piante vendute ed impedirne l' atterramento onde non sia diminuita la estensione del suo diritto reale d' ipoteca e menomata con ciò la sua garanzia?

La Corte di cassazione di Roma considerando che gli alberi di alto fusto che compongono un bosco costituiscono parte integrante del fondo e concorrono come parte principale del medesimo a determinare il valore, ritenne che la costituzione dell' ipoteca menomasse nel debitore la facoltà di disporre che è generalmente accordata a chi ha la proprietà; e che nel caso non spettasse soltanto al creditore il diritto di agire contro il debitore in virtù degli art. 1176, 1980 Cod. civ., ma gli spettasse ancora il diritto di agire direttamente contro il terzo acquirente per impedire che la contrattazione sortisse l' effetto al quale era preordinata (1).

---

(1) Sentenza del 20 febbraio 1885, *Annali di giur. it.*, XIX, I, 4, 179: « Che, ciò posto, ne discende piana la conseguenza, che il proprietario di un bosco soggetto ad ipoteca non può, come ogni altro, disporre della cosa sua *nella maniera più assoluta*, col diradare, od anche distruggere le piante d'alto fusto che formano la sostanza delle cosa ipotecata, perchè ciò farebbe mancare, o diminuire, la garanzia del creditore che egli è obbligato a rispettare. Nè vale il dire che il vincolo ipotecario non impedisce al proprietario l'alienazione totale, o parziale, della cosa ipotecata; poichè ciò è vero quando l' alienazione non fa che mutare la persona del proprietario, senza far cessare, o diminuire, gli effetti del vincolo ipotecario sulla cosa; ma trattandosi della vendita di alberi, che, sebbene costituenti parte integrante del fondo, pure, recisi e passati che siano in possesso legittimo dei terzi, perdono, per disposizione di legge,

Noi siamo di contrario avviso: la vendita di piante d'alto fusto, posta in essere all'oggetto che siano atterrate dal compratore, è vendita di cose mobili immediatamente perfetta; quantunque le piante non siano atterrate, ne è trasferita la proprietà nel terzo acquirente, e il creditore ipotecario non ha per conseguenza il diritto di porle sotto sequestro e d'impedirne il taglio. La esistenza dell'ipoteca non può avere un così esorbitante effetto, il quale appartiene soltanto alla trascrizione del precetto immobiliare, che priva il debitore della facoltà di disporre dell'immobile che ne è colpito e lo costituisce sequestratario del medesimo. Prima della trascrizione il debitore, che può vendere l'intero immobile, può a più forte ragione venderne delle parti distaccate, come le piante d'alto fusto; se vende l'intero immobile, il creditore ipotecario può perseguitarlo nelle mani del terzo possessore, perchè l'immobile venduto, avendo conservato la sua natura, continua ad essere colpito dalla ipoteca; ma se la vendita cade sopra le piante d'alto fusto, o sopra altre parti dell'immobile che distaccandosene perdono la loro natura e divengono cose mobili, la persistenza del diritto d'ipoteca non è, a parer nostro, da ammettersi; la perfe-

tale qualità, trasformandosi in cose mobili non più capaci d'ipoteca, ognun vede che la vendita dei medesimi, anzichè importare un semplice trasferimento di proprietà, equivale, rapporto al creditore ipotecario, a vera ed effettiva distruzione di parte dell'immobile ipotecato.—Che se l'art. 1176 del Codice civile accorda al creditore il diritto di ripetere immediatamente il pagamento del suo credito, qualora il debitore sia divenuto insolvente, od abbia per fatto proprio diminuito le cautele date, ovvero mancato di dare quelle promesse; e se l'altro art. 1980 gli dà pure il diritto di chiedere un supplemento d'ipoteca, quando i beni sottoposti ad ipoteca perissero, o si deteriorassero, è chiaro che coll'avere la legge accordato tali rimedi al creditore per supplire alla perdita già verificatasi della sua garanzia, non ha inteso con ciò di negare al medesimo il diritto di impedire che la garanzia del suo credito venga a mancare, o diminuire, per fatto del debitore. La legge doveva provvedere al modo onde potesse recuperare le garanzie perdute, ma non aveva bisogno di confermargli espressamente un diritto che è insito alla qualità di creditore ipotecario, quello, cioè, di essere mantenuto nel possesso della garanzia dovutagli ».

zione del contratto intervenuto col terzo acquirente, dato che questo sia di buona fede, è di ostacolo all'accoglienza della soluzione adottata dalla Corte suprema (1).

§ 2.

Usufrutto dei beni immobili.

SOMMARIO

298. Ipotecabilità dell'usufrutto. Sua ragione di essere. Suoi effetti—299. L'ipoteca investe l'esercizio del diritto, non il diritto in sè—300. L'usufrutto legale dell'ascendente non è ipotecabile — 301. Non lo è neppure il diritto di godimento spettante al marito sugl' immobili dotali — 302. Nè il godimento che appartiene a coloro che sono immessi nel possesso temporaneo dei beni di un assente — 303. Il così detto usufrutto causale, non è suscettivo di essere ipotecato separatamente — 304. Alla ipotecabilità dell'u-

---

(1) La Cassazione di Roma nella decisione sopra citata mantenne la massima da lei precedentemente sancita che la vendita dei frutti pendenti e degli alberi non ancora recisi non può considerarsi come vendita di cose mobili (sentenza del 13 febbraio 1883, *Foro it.*, VIII, I, 450). La Corte ritenne che siffatta vendita presenti la figura giuridica della vendita di cosa sperata, e per ciò non perfetta, quanto alla cosa caduta in contratto e alla conseguente traslazione del dominio, se non allora quando la cosa stessa venga separata dal suolo. A noi sembra preferibile l'insegnamento contenuto nella sentenza della Cass. di Torino, 25 novembre 1874, *Giurispr. it.*, 1875, I, 270: « La dottrina e la giurisprudenza hanno pacificamente ammesso che dal momento in cui segue una speciale vendita dei frutti o dei tagli degli alberi, indipendenti dalla terra, si considerano divenuti cosa mobile, benchè ancora aderiscano al suolo. Il compratore dal momento del contratto acquista il diritto di atterrare gli alberi, di raccogliere i frutti ; perciò da quel punto quegli oggetti sono mobilizzati ed avviene quasi una morale loro separazione dalla terra. Il che origina da quel giusto e provvido principio ammesso dal giure moderno, che per la traslazione della proprietà non sia mestieri di imporre molte formalità di consegna e simili cose, ma bastar debba la chiara manifestazione della volontà dei contraenti (art. 1125 Cod. civ.).

sufrutto non sono di ostacolo il suo modo di origine, nè la incertezza della sua durata—305. Estensione agli accessori—306. L'estinzione dell'usufrutto produce necessariamente la estinzione della ipoteca costituita sul medesimo—307. Osservazioni speciali riguardanti il caso in cui l'usufrutto dovrebbe estinguersi per abuso commesso dall'usufruttuario nell' esercizio del suo diritto—308. Consolidazione per fatto volontario. Confutazione della teoria che vorrebbe conservata in tale caso speciale la efficacia della ipoteca.

298. L' art. 1967 Cod. civ. dichiara in secondo luogo capace d' ipoteca l'usufrutto dei beni immobili che sono in commercio coi loro accessori, eccettuando però, con espressa restrizione, l'usufrutto legale degli ascendenti (1).

Dal momento che l'usufruttuario può cedere per qualsivoglia

---

(1) La ipotecabilità dell' usufrutto dei beni immobili, ammessa esplicitamente dal diritto romano (L. 11, § 2 D. *De pignor. et hyp.*, XX, I), dal Codice francese (art. 2118) e da tutte indistintamente le legislazioni italiane anteriori al Codice vigente, meno il Codice civile generale austriaco, che non aveva un'espressa disposizione in proposito, fu contrastata in seno alla Commissione coordinatrice dall' illustre giureconsulto Chiesi, che fu però solo a darle voto contrario: *Verbali della Commissione*, XLI, 3: « Propone poi lo stesso Chiesi la soppressione del n. 2 dell'ora accennato art. 1993 (art. 1967 n. 2 Cod. civ.) che dichiara capace d' ipoteca l' usufrutto dei beni immobili coi loro accessori, osservando a tal riguardo che l' ipoteca essendo un diritto reale, non è razionale di gravarne un diritto incorporale come è l'usufrutto, il quale, del resto, cessando, farebbe cessare l' ipoteca.—Ma risponde Pisanelli che non ripugna in diritto di costituire l'ipoteca sopra l'usufrutto dei beni immobili, e che nel fatto poi dal momento che non produce, nè può produrre, alcun inconveniente, non vi sia ragione di vietarlo, massime che il creditore, prendendo ipoteca sull'usufrutto, conosce la durata e la possibilità della cessazione del medesimo, o per la morte dell' usufruttuario, o per qualunque altro motivo d' estinzione, e corre perciò volontariamente la sorte di questo genere di cautela, ben sapendo che la sua ipoteca non può sussistere cessato che sia l' usufrutto. — Messa quindi a partito la suddetta proposta Chiesi è respinta con 9 voti sopra 10 votanti ». Per ciò che attiene al diritto austriaco cons. Carabelli, *op. cit.*, § XIII, 21, il quale, contro gli altri commentatori di quel Codice, esprime dei dubbi sulla ipotecabilità dell' usufrutto, di fronte al silenzio del Codice stesso.

titolo oneroso o gratuito l'esercizio del suo diritto (art. 492 Cod. civ.), come già era ammesso dalle leggi romane (1), non vi è ragione per vietare che il diritto stesso possa essere ipotecato; per quanto limitato nel tempo, e ristretto generalmente alla vita dell'usufruttuario, il diritto di usufrutto ha un valore economico suo proprio (2), consistente nel diritto di godimento attribuito per tutta la sua durata all'usufruttuario, con l'obbligo di conservare inalterata la sostanza della cosa (art. 477 Cod. civ.).

Però come la cessione non cambia il soggetto del diritto e trasferisce nel cessionario il solo esercizio del diritto stesso, così la ipoteca consentita sull'usufrutto attribuisce al creditore la sola facoltà di escutere l'esercizio medesimo per attribuirlo a chi se ne renderà aggiudicatario. Deriva da ciò che l'ipoteca costituita sull'usufrutto non presenta quella invariabilità di garanzia che il creditore ottiene quando il diritto reale colpisce la proprietà dell'immobile; il valore economico di un diritto d'usufrutto varia secondo la sua maggiore o minore durata, e poichè generalmente è limitato alla vita dell'usufruttuario, scema con l'andare del tempo e coll'avvicinarsi l'epoca nella quale secondo le comuni previsioni la sua vita sta per cessare.

Ciò influisce grandemente sulla fragilità della garanzia che con la ipoteca costituita sull'usufrutto il creditore consegue, ma non sulla possibilità giuridica d'ipotecare questo diritto; se il debitore non ha beni proprii, non deve essergli vietato di ipotecare l'usufrutto che gli spetta sui beni altrui, per garantia delle obbligazioni che assume; è questa una logica esplicazione del principio che chi ha sull'immobile un diritto risolvibile può costituire sul medesimo una ipoteca soggetta alla medesima eventualità (art. 1976 Cod. civ.). Nella ipoteca costituita sull'usufrutto si ha uno stru-

---

(1) L. 12, § 2 D. *De usuf. et quemadmodum quis utatur*, VII, I: » Usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere, vel locare, vel vendere potest: nam et qui locat, utitur; et qui vendit, utitur ».

(2) Melucci, *op. cit.*, lez. III, 2.

mento di credito che, per quanto imperfetto, presenta nella pratica la sua utilità; se l'usufrutto è a tempo determinato, se ne può calcolare con sicurezza il valore, tenendo conto della utilità che può dare il suo esercizio pel tempo che resta a trascorrere; ma anco nel caso in cui, come più spesso avviene, la sua durata è incerta, perchè destinato a cessare con la vita dell' usufruttuario, la durata presunta della sua esistenza argomentata dalla sua età, offre il modo di attribuire all'esercizio del diritto un valore, che, per quanto incerto, non è del tutto disadatto alla costituzione del diritto reale d'ipoteca.

Ciò che nel caso viene ad essere colpito da questo diritto non è l'immobile, il quale può essere ipotecato soltanto da chi durante l'usufrutto ne ha la proprietà nuda; è l' esercizio del diritto d'usufrutto, vale a dire, la utilità che il diritto stesso può dare per tutta la sua durata, sostituendo nella percezione dei frutti all'usufruttuario colui che se ne rende acquirente. Come può aversi per l'art. 492 Cod. civ. la cessione volontaria, si ha per l'articolo 1967 n. 2 la cessione forzata; la ipoteca sull' usufrutto ha questo effetto, ove l'usufruttuario che lo ha ipotecato convenzionalmente, o contro del quale la ipoteca sul suo diritto è stata iscritta in virtù di legge o di sentenza, non adempia le contratte obbligazioni.

299. Dal fatto che la ipoteca costituita ed iscritta sull' usufrutto colpisce l'esercizio del diritto, non il diritto in sè, che è strettamente connesso alla persona dell'usufruttuario, si argomenta agevolmente che, come l'usufruttuario non può alienare il diritto stesso, ma soltanto la facoltà di esercitarlo in suo luogo e vece, così la ipoteca ha per unico effetto la forzata espropriazione di questa facoltà; chi se ne rende acquirente per via di aggiudicazione al pubblico incanto, non consegue perciò l'esercizio del diritto durante la sua vita, ma lo consegue invece, per sè, per i suoi eredi e aventi causa, per la vita dell'usufruttuario, il quale, cedendo o ipotecando il suo diritto, non può rendere deteriore la

condizione del nudo proprietario, come avverrebbe se all'usufruttuario inoltrato negli anni fosse lecito sostituirne altro, cui la età giovanile promettesse tuttora una lunga esistenza.

È perciò di somma importanza il vedere come possa in pratica estrinsecarsi il diritto d'ipoteca sopra un usufrutto; esso non investe la proprietà dell'immobile che all'usufruttuario non appartiene; nè pure investe i frutti pervenuti a maturità, i quali divengono mobili con la loro percezione e possono dall'usufruttuario essere alienati finchè non siano posti sotto sequestro con la trascrizione del precetto immobiliare operata dal creditore (1); investe propriamente l'esercizio del diritto pel tempo avvenire, cioè la comodità di percepire i frutti dal giorno in cui l'azione ipotecaria è esercitata.

300. È espressamente escluso dalla enumerazione dei beni capaci d'ipoteca contenuta nell'art. 1967 Cod. civ. l'usufrutto legale degli ascendenti. Si tratta di un vantaggio accordato al padre e alla madre in quanto esercitano la patria potestà, e perciò subordinato all'adempimento di corrispondenti doveri; più tosto che un vero e proprio smembramento della proprietà, attributivo di diritto reale sui beni che ne sono l'oggetto, l'usufrutto legale degli ascendenti è una facoltà di amministrare i beni del figlio minorenne e di erogarne le rendite in vantaggio della famiglia, senza obbligo di ren-

(1) Il Chiesi che per quanto contrario in teoria alla ipotecabilità dell'usufrutto, ha nel suo *Sistema ipotecario* esposto con ammirabile lucidità le norme da applicarsi a questo speciale rapporto giuridico, osserva opportunamente che il sequestro dei frutti del fondo il cui usufrutto è colpito da ipoteca, non attribuisce al creditore ipotecario un diritto di preferenza, perchè la sua ipoteca colpisce il diritto d'usufrutto, non i frutti raccolti nel fondo, ai quali, come cose mobili, hanno eguale diritto tutti i creditori chirografari dell'usufruttuario. Per far valere la sua ipoteca e il diritto di prelazione derivante dalla medesima, il creditore deve procedere alla espropriazione forzata del diritto di usufrutto ipotecato a suo favore, domandando poi sul prezzo di vendita di questo diritto il grado di prelazione a lui spettante (Vol. II, n. 569 con gli autori francesi ivi citati). V. ancora Cannada-Bartoli, *op. cit.*, II, 105; Pochintesta, *op. cit.*, I, 110; Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, I, 114.

derne conto; queste rendite hanno pertanto una speciale destinazione alla quale non potrebbero essere sottratte senza danno della famiglia, che è chiamata a goderne, e specialmente del figlio proprietario, che ha diritto di ottenere istruzione, educazione e mantenimento in relazione alla sua condizione sociale e alle sue sostanze patrimoniali; il genitore investito della patria potestà non può cedere ad altri l'esercizio del suo diritto d'usufrutto; non può per conseguenza ipotecarlo, perchè la ipoteca conduce necessariamente alla alienazione, ove l'obbligazione garantita con essa non sia spontaneamente adempiuta dal debitore.

Che avverrebbe infatti se un genitore, mancando nella legge il divieto che vi è scritto, ipotecasse l'usufrutto legale che gli spetta sui beni del figlio? Il creditore avrebbe diritto di subastare l'esercizio dell'usufrutto ipotecato per ottenere pagamento del suo credito sul prezzo che può ritrarsene. Ciò ripugna all'ordinamento familiare e alla natura del diritto in sè stesso. Il genitore non può esserne spogliato, quantunque rappresenti una utilità superiore all'onere impostogli di provvedere alle necessità dei figli; non è ammissibile che quest'onere passi nel cessionario o nell'aggiudicatario, nè che la spropriazione sia limitata a quella parte che sopravanza dopo che è provveduto alla soddisfazione dell'onere stesso; ciò porterebbe a una ingerenza dei creditori nell'interna amministrazione dell'azienda domestica, ingerenza che non è in alcun modo ammissibile.

Il genitore che esercita la patria potestà, e gode per ciò dell'usufrutto legale sui beni dei figli soggetti alla medesima, può alienare i frutti e le rendite a misura che gli pervengono, può vincolarle al soddisfacimento delle obbligazioni che contrae; ma non può vincolare il diritto alla percezione dei frutti e delle rendite future, per la speciale natura del suo diritto e per la destinazione di ciò che è oggetto del diritto stesso (1).

(1) Anco in Francia, ove l'usufrutto legale degli ascendenti, non è espressamente eccettuato, si ammette generalmente che non sia suscettivo d'ipoteca.

301. Per le stesse ragioni per le quali non è suscettivo d'ipoteca l'usufrutto legale degli ascendenti, non lo è neppure lo speciale diritto di godimento che spetta durante il matrimonio al marito sopra gl'immobili costituiti in dote: non vi era bisogno che il legislatore lo dicesse, perchè quel diritto del marito, sebbene abbia molta affinità col diritto di usufrutto, non è mai qualificato con questo nome nel testo della legge.

D'altro lato basta leggere l'art. 1388 Cod. civ., che contiene la definizione della dote, per convincersi che la costituzione della dote non produce uno smembramento di proprietà atto a dar vita a un diritto reale capace d'ipoteca. Se la dote consiste in quei beni che la moglie apporta al marito per sostenere gli oneri matrimoniali, è evidente che i beni costituiti in dote hanno una speciale destinazione strettamente connessa con l'interesse familiare. I beni dotali possono ipotecarsi quando la loro obbligazione sia stata permessa nel contratto di matrimonio (art. 1404 Cod. civ.) o sia consentita dal marito e dalla moglie con autorizzazione del magistrato, da impartirsi nei soli casi di necessità od utilità evidente (art. 1405 Cod. civ.); ipotecati che siano, ne è vincolata la proprietà piena, tanto in pregiudizio della moglie, nella quale risiede

---

Il PONT (*op. cit.*, X, 379) confutando la contraria opinione del PROUDHON (*Usufruit*, 125, 221) così in proposito si esprime: « Le père ou la mère ne pourrait aliéner ce droit sans amoindrir entre ses mains, et peut-être sans perdre entièrement, les moyens de satisfaire aux obligations qui lui sont corrélativement imposées. Ce serait abdiquer plus ou moins une mission qu'il est de son devoir et de son honneur de remplir à lui seul, ou se condamner à subir un contrôle, qui, paralisant son action, ne lui permettrait pas, dans l'accomplissement des charges, du moins de la plus essentielle de toutes, celle qui a trait à l'éducation et à l'entretien, de tout régler, ainsi qu'il le doit faire, en égard à la situation particulière, aux besoins, à l'aptitude de chacun des enfants ». Dopo ciò non occorre soffermarsi a confutare la opinione espressa da SALA (*Giurispr. it.*, XXVII, IV, 145) il quale, contrario in massima all'usufrutto legale dei genitori, lo vorrebbe, una volta ammesso, capace d'ipoteca. Su ciò può consultarsi POCHINTESTA, *op. cit.*, 110 in nota alla p. 169.

questa proprietà, quanto in pregiudizio del marito, che ha, durante il matrimonio, il godimento degli stessi beni; ma una ipoteca separata di questo godimento, non è giuridicamente ammissibile. La considerazione che il legislatore determina tassativamente, nell'articolo 1967 Cod. civ., i beni capaci d'ipoteca, è decisiva: il diritto di godimento del marito non è usufrutto, ma conseguenza dell'amministrazione dei beni dotali attribuita al marito; non è un immobile di per sè stante, per natura o per destinazione, perchè non ne ha i requisiti (1).

302. Lo stesso, per ragioni alquanto diverse, è a dirsi del diritto che spetta a coloro che sono immessi nel possesso temporaneo dei beni immobili di un assente. Per quanto il diritto dei presunti eredi abbia grande analogia col diritto di usufrutto, sia perchè sono tenuti a dare cauzione e a mantenere inalterata la sostanza della cosa (art. 26, 28 Cod. civ.), sia perchè hanno il godimento totale o parziale delle rendite secondo il loro grado di parentela con l'assente (art. 30, 31 Cod. civ.), non è un diritto capace d'ipoteca; non perchè i beni abbiano, come nei casi precedentemente esaminati, una speciale destinazione, ma perchè si tratta di un semplice diritto personale di godimento, non di un diritto reale immobiliare. L'art. 29 Cod. civ. disponendo che gli immessi nel possesso temporaneo non possono alienare, nè ipotecare i beni immobili, nè fare alcun altro atto eccedente la semplice amministrazione, senza la giudiziale autorizzazione, elimina ogni dubbio in proposito; senza questa formalità abilitante, chi si trova in siffatta speciale situazione giuridica non ha facoltà di ipotecare; con la formalità dell'autorizzazione giudiziale, ha facoltà d'ipotecare la stessa proprietà dei beni immobili dei quali si trova in possesso; la ipoteca del suo diritto, come cosa di per sè stante, separata dalla proprietà, non è giuridicamente ammissibile.

---

(1) MELUCCI, *op. cit.*, lez. III, n. 2.

303. Che dire dell'usufrutto riunito alla proprietà, cioè di quell'usufrutto che in contrapposto all'usufrutto separato da questa, e perciò chiamato *usufrutto formale*, è comunemente qualificato del titolo di *usufrutto causale?* Chi ha la proprietà piena di un immobile, può ipotecarne il solo usufrutto?

La questione, che presenta un interesse puramente teorico per non essersi mai, per quanto è a nostra notizia, presentata alla cognizione dei tribunali italiani, è risoluta diversamente dagli scrittori.

Taluni affermano che il proprietario, come può dar vita al diritto di usufrutto, consentendo a favore altrui la sua costituzione, può dargli vita egualmente con ipotecarlo separatamente dalla proprietà; come potrebbe ipotecare una porzione materiale dell'immobile, lasciando libero il rimanente, può ipotecarne una porzione intellettuale, cioè il diritto di goderne durante la sua vita, che indubbiamente gli appartiene (1). Altri adottano la soluzione opposta osservando che l'usufrutto in tanto sussiste in quanto è diritto sulla cosa altrui; l'usufrutto della cosa propria non è giuridicamente concepibile e non è per conseguenza suscettivo d'ipoteca che lo colpisca separatamente (2).

---

(1) LAURENT, *op. cit.*, XXX, 211: « S'il peut détacher l'usufruit en l'alienant, pourquoi ne le pourrait-il pas en l'hypothèquant? Du propriétaire on ne peut pas dire qu'il n'a pas ce droit, parce que la loi ne le lui donne pas; il faut dire, au contraire, qu'il a le droit de faire tout ce que la loi ne lui defend pas ». È questo il ragionamento ripetuto press'a poco da tutti quanti gli scrittori che propugnano questa opinione e segnatamente da PONT, *op. cit.*, X, 381. V. ancora in questo senso: PROUDHON, *Usufruit*, 2071; TROPLONG, *op. cit.*, 600; BATTUR, *op. cit.*, 247; GRENIER, *op. cit.*, I, 145; DURANTON, *op. cit.*, XIX, 220 fra i francesi; fra gl'italiani il PACIFICI-MAZZONI, *Istituz.*, VI, 181, *Priv. e ipot.*, I, 114; GIANTURCO, *op. cit.*, § :9; MIRABELLI, *op. cit.*, p. 13; POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 110.

(2) Sono di questa opinione, fra i francesi, ZACHARIAE, *op. cit.*, § 2:8, nota 4; AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 259, nota 6; fra gl'italiani MATTEI, *Commen-*

Esprimemmo già opinione contraria alla ipotecabilità del così detto usufrutto causale (1) e non esitiamo a mantenerla, per quanto abbia contro di sè, almeno in apparenza, l'autorità del diritto romano (2).

Il legislatore definisce l'usufrutto come il diritto di godere delle cose di cui altri ha la proprietà nel modo che ne godrebbe il proprietario (art. 477 Cod. civ.); perchè esista questo diritto occorre adunque che il dominio sia frazionato e diviso fra due persone, una delle quali abbia per sè la nuda proprietà, l'altra il

---

to, XI, 272; CATTANEO, *Commento dell'art.* 1967 *Cod. civ.*; CARABELLI, *op. cit.*, § XIII, n. 21; PAOLI, *Servitù personali*, 267 e seg.; CANNADA-BARTOLI, *op. cit.*, II, 110; MELUCCI, *op. cit.*, lez. II, n. 3; RICCI, *Diritto civile*, X, 143.

(1) In una breve monografia su questo argomento pubblicata da prima nello *Archivio giuridico*, XX, p. 517 sotto il titolo « *La ipotecabilità dell'usufrutto, studio sull'art.* 1967 *n.* 2 *del Codice civile italiano* » riprodotta poi nei nostri « *Studi ed appunti di Diritto civile* » (Pisa, 1887, p. 263 e seg.).

(2) Sulle leggi romane, e segnatamente sulla L. 12 § 2 D. *De pignor. et hyp.* (XX, 1), si fonda il GIANTURCO per adottare la opinione contraria; nella citata nostra monografia sono esposte le ragioni per le quali è a dubitare che in quella legge, e nella L. 15 D. *h. t.*, la voce usufrutto sia adoperata nel suo significato ordinario di diritto alla percezione dei frutti futuri. Anco in diritto romano si aveva veramente l'usufrutto quando il godimento era attribuito a persona diversa dal proprietario. L. 4 D. *Usufructuarius quem. cav.* (VII, 9): « Si fructuarius proprietatem assecutus fuerit, desinit quidem usufructus ad eum pertinere propter confusionem »; L. 5 pr. D. *Si ususfr. petat.* (VII, 6): « Uti frui jus sibi esse, solus potest intendere, qui habet usumfructum; dominus autem fundi non potest, quia qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatum non habet. Nec enim potest ei suus fundus servire ». V. del resto una pregevole monografia del DURANTE, *Sulla ipoteca in ordine alla consolidazione dell'usufrutto*, nel *Monit. trib. Mil.*, 1886, il quale, propugnando la stessa opinione nostra, che l'usufrutto riunito alla proprietà non sia suscettivo di separata ipoteca, cerca di provare che quei testi delle leggi romane che sembrano stabilire il contrario devono intendersi nel senso che vi si parli non di usufrutto effettivo ed attuale, ma bensì di usufrutto potenziale da costituirsi in futuro. V. su ciò ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 367, n. 6.

godimento per tutta la sua vita, o per il lasso di tempo assegnato alla durata del diritto stesso. Allorquando non si verifica siffatto frazionamento, e la proprietà, con tutti i diritti che sono inerenti alla medesima, risiede in una persona sola, non può dirsi che questa abbia l' usufrutto della cosa sua: essa ha la proprietà, e conseguentemente il diritto di godere che è anche prerogativa dell'usufruttuario; ma questo diritto di godere, congiunto al diritto di disporre, costituente con esso il pieno diritto di proprietà, non ha una esistenza sua propria, percettibile, capace di essere oggetto esclusivo di diritti altrui, e segnatamente d'ipoteca. L'usufrutto si ha soltanto nel caso in cui, oltre la persona investita del diritto di godere, ve ne ha un'altra a cui spetta la proprietà, spogliata temporaneamente di quel diritto. L'art. 1967 n. 2 Cod. civ. dichiarando capace d'ipoteca l'usufrutto, allude evidentemente all'usufrutto definito nell'art. 477 dello stesso Codice, all'usufrutto che è diritto di godere dei beni *« di cui altri ha la proprietà »*. Il diritto di godere che spetta al proprietario, come prerogativa del piu esteso diritto di proprietà, non è mai qualificato come usufrutto dal legislatore, e non è per conseguenza compreso nella disposizione in esame.

Non vale obiettare che il proprietario che può distaccare l'usufrutto dalla proprietà della cosa sua, consentendone l'alienazione a favore altrui, può egualmente distaccarlo, dandolo in ipoteca. Il proprietario con l'alienare l'usufrutto in favore altrui, lo crea, e dà al medesimo esistenza giuridica; dal momento che ne ha disposto in tal guisa, il dominio viene ad essere frazionato nei suoi elementi, la cosa incomincia ad appartenere a due persone diverse, all'una per la nuda proprietà, all'altra per l'usufrutto; vi è pertanto un usufruttuario il cui diritto di godimento sulla cosa a ragione è chiamato usufrutto, perchè ad esso si addice pienamente la definizione dell'art. 477 Cod. civ.: è un diritto di godimento di una cosa di cui altri ha la proprietà. Invece con ipotecare il suo diritto di godimento, l'assoluto proprietario non opera

la divisione del dominio nei suoi elementi frazionari: egli continua ad avere e ad esercitare sulla cosa tutti i suoi diritti, e soltanto quella parte di questi diritti che nel caso configurato di sopra passava nell' usufruttuario, sarebbe, benchè riunita agli altri, specialmente destinata a garantire il creditore; non essendovi frazionamento del dominio, non può parlarsi di usufrutto, perchè alla esistenza di questo diritto è indispensabile che vi siano due persone, l' una delle quali abbia il godimento della cosa, l' altra la proprietà. La ipoteca costituita dal proprietario sul semplice usufrutto della cosa sua, sarebbe pertanto costituita sopra un oggetto inesistente e la sua costituzione non sarebbe produttiva di effetti giuridici. Il proprietario può alienare l' usufrutto, perchè con l'alienazione gli dà vita; non può ipotecarlo, perchè la ipoteca, atto meramente cautelativo, non può colpire ciò che non esiste di vita propria e che è assorbito nel prevalente diritto di proprietà.

Taluno ha cercato di giustificare la soluzione contraria osservando che l'usufrutto ipotecato dal proprietario viene ad acquistare esistenza separata con l' esercizio dell' azione ipotecaria; si avrebbe in certo modo una *servitù condizionale*, destinata a produrre il suo effetto in favore di chi se ne renderà aggiudicatario in seguito alla spropriazione intrapresa dal creditore (1); ma la giustificazione non regge: perchè una cosa sia suscettiva d'ipoteca, deve esistere al momento in cui ha luogo la costituzione del diritto reale; l' usufrutto deve prima esistere e poi essere ipotecato, non può essere ipotecato prima che esista, come diritto di per sè stante.

Il godimento dell'usufruttuario può essere ipotecato perchè costituisce un diritto dichiarato capace d' ipoteca dalla legge; non può essere ipotecato il godimento del proprietario, perchè non è un diritto, ma piuttosto un fatto, o, per dir meglio, una serie di fatti, derivanti dall' esercizio del diritto di proprietà. La ipoteca

(1) GIANTURCO, *op.* e *loc. cit.*

costituita su tale godimento non ha dunque un oggetto astratto e diretto da colpire, ma viene necessariamente ad estrinsecarsi nella esecuzione degli stessi frutti che pervengono nel proprietario a misura che sono prodotti dall' immobile a lui spettante. Ciò poteva accadere per diritto romano, pel quale fra pegno e ipoteca vi era diversità di nome soltanto, ed era ammesso che l' uno e l'altra potessero costituirsi sulle cose mobili; ma non può accadere per diritto italiano, mentre il legislatore rigorosamente distingue, e dichiara capaci d' ipoteca soltanto le proprietà immobiliari. In diritto romano la ipoteca costituita dal proprietario sull'usufrutto della cosa sua, poteva avere effetto, perchè investiva i frutti a misura che erano prodotti dalla cosa; in diritto moderno non può avere efficacia giuridica, perchè i frutti, divenendo mobili con la loro separazione dalla cosa che li produce, non possono essere ipotecati separatamente.

304. L' usufrutto dei beni immobili che sono in commercio e che spetta come diritto sulla cosa altrui a persona diversa dal proprietario di essa, è capace d' ipoteca incondizionatamente, sia esso costituito per convenzione, per sentenza, o per disposizione di ultima volontà, o abbia invece origine dalle disposizioni della legge, la quale in materia ereditaria è larga nell'attribuire al coniuge superstite diritti d' usufrutto sui beni del coniuge premorto; è anco indifferente che la costituzione dell' usufrutto abbia avuto luogo a titolo oneroso o a titolo gratuito; ogni qualvolta sussiste per l'uno o per l' altro titolo come *jus in re aliena*, operando il frazionamento del dominio, ha un proprio valore economico atto a garantire entro certi limiti le obbligazioni assunte da chi ne è investito.

È anche indifferente la circostanza che sia certa od incerta la sua durata: se per essere costituito a tempo determinato si sa con precisione quando finirà, la sua attitudine a garantire le obbligazioni dell' usufruttuario è senza dubbio maggiore, perchè il suo valore si desume dal doppio criterio della utilità che può ri-

trarsene e del tempo pel quale può con certezza farvisi assegnamento; se invece si tratta, come nella maggior parte dei casi avviene, d'usufrutto vitalizio, vi è maggiore alea, non potendosi sapere quanto durerà, ma vi è sempre un valore economico al quale può commisurarsi la efficacia della garanzia, valore che si argomenta dalla presunta durata della vita dell'usufruttuario argomentata dai comuni calcoli che si fanno in questa materia, fondati sopra criteri di probabilità.

305. Anco nel caso d'ipoteca costituita sul semplice usufrutto dei beni immobili, il diritto reale del creditore si estende ai loro accessori; lo dichiara espressamente il n. 2 dell'art. 1967 Cod. civ., ed è conforme alla essenza ed allo scopo del diritto. Il creditore ipotecario può pertanto far valere le sue ragioni, non solo sull'esercizio dell'usufrutto, cioè sul godimento futuro dell'immobile per tutta la sua durata, ma ancora sui frutti pendenti al momento della trascrizione del precetto immobiliare, che appartengono all'usufruttuario debitore, e che vengono ad essere immobilizzati per effetto di questa formalità.

Per ciò che attiene agli immobili per destinazione, la espressione «*coi loro accessori*» contenuta nella disposizione in esame esclude ogni dubbio intorno alla estensione ai medesimi della ipoteca costituita sul mero usufrutto; essi però ne sono colpiti pel semplice godimento, non per il loro valore effettivo; appartengono al proprietario e l'usufruttuario è tenuto ad inventariarli, al principio dell'usufrutto, per conseguire il possesso degl'immobili sui quali è costituito (art. 496 Cod. civ.), è tenuto a conservarli, dovendo mantenere inalterata la sostanza della cosa (art. 477 Cod. civ.), è tenuto finalmente a restituirli quando l'usufrutto ha fine: oggetto dell'ipoteca non sono dunque questi immobili in sè, bensì il diritto di goderne per tutta la durata dell'usufrutto e di appropriarsi la utilità che da questo godimento può derivare.

Lo stesso è a dirsi delle accessioni, alle quali l'ipoteca si estende in virtù del principio generale contenuto nell'art. 1966

Cod. civ. (1); se però queste consistessero in miglioramenti fatti dall' usufruttuario, e si trattasse di addizioni che l' usufruttuario potesse ripigliare perchè suscettive di esser tolte con qualche suo profitto e senza danno della proprietà (art. 495 Cod. civ.), il creditore avente ipoteca sull' usufrutto non potrebbe sperimentare il suo diritto di prelazione, nè sul prezzo delle cose aggiunte, che venissero tolte dall' usufruttuario, nè sul compenso che il proprietario, volendo ritenerle, fosse per corrispondere; non su quel prezzo, che è prezzo di cose mobili; non sul compenso, perchè non ha luogo surrogazione in mancanza di un testo di legge che espressamente la stabilisca (2).

306. Il Codice francese dichiarando capace d' ipoteca l' usufrutto dei beni immobili lo dichiara espressamente tale «*pendant sa durée*»; il legislatore italiano non ha ripetuto questa espressione perchè l'ha reputata inutile, ma ciò nonostante è a ritenersi che venendo per qualsivoglia causa a cessare l'usufrutto, si estingua l' ipoteca costituita sul medesimo. La regola della L. 3 § 1 D. *De pignor. et hyp.* XX, 1. «*Non plus habere creditor potest*, «*quam ipse habet quem pignum dedit*», porta necessariamente a questa conseguenza, non ignota ai romani, perchè il giureconsulto Marciano l'aveva nella L. 8 pr. D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solv.*,

---

(1) Melucci, *op. cit.*, lez. III, n. 4 in fine.

(2) Perchè la ipoteca costituita sull' usufrutto potesse risolversi sul compenso dovuto al proprietario nel caso speciale contemplato dall' art. 495 Cod. civ. occorrerebbe una disposizione di legge, come quella contenuta nell' articolo 1567 Cod. civ. riguardante le ipoteche costituite sui diritti nascenti dall'enfiteusi, che si risolvono sul prezzo dovuto pei miglioramenti in caso di devoluzione, sul prezzo dovuto per l'affrancazione, quando il rapporto giuridico cessa per questa causa. Il legislatore non ha detto che l' ipoteca costituita sull'usufrutto si risolve in caso di estinzione del diritto sul compenso dovuto dal proprietario per le addizioni separabili da lui ritenute; nè d' altronde sarebbe stato opportuno il dirlo, perchè oggetto della ipoteca costituita sull' usufrutto è il diritto incorporale di godimento spettante all' usufruttuario per tutta la sua durata, non la cosa corporale oggetto del godimento stesso.

XX, 6, chiaramente enunciata: « *Sicut re corporali extincta, ita et usufructo extincto, pignus hypothecare perit* ». L'usufrutto è un diritto risolvibile: si applica perciò alla ipoteca costituita sul medesimo la nota regola dell'art. 1976 Cod. civ., per la quale chi ha sull'immobile un diritto risolvibile, non può consentire sul medesimo che una ipoteca sottoposta alla medesima eventualità.

In tesi generale non può cader dubbio intorno alla regola da noi enunciata: estinguendosi l'usufrutto per una qualunque delle cause enunciate negli art. 515, 516 Cod. civ., si estingue per necessaria conseguenza la ipoteca costituita sul medesimo; il creditore non può lagnarsene, imperocchè sapeva che la garanzia da lui ottenuta non presentava quella sicurezza positiva e durevole che è propria della ipoteca costituita sulla piena proprietà. Muore l'usufruttuario; con la sua morte si estingue l'usufrutto; come potrebbe sopravvivere l'ipoteca costituita sul suo diritto? L'usufrutto è stabilito per un certo termine che giunge al suo fine: come può parlarsi d'ipoteca sopra un diritto che più non esiste?

307. Nel solo caso in cui l'usufrutto dovrebbe cessare per abuso che l'usufruttuario avesse fatto del suo diritto, alienando i beni, o deteriorandoli, o lasciandoli andare in perimento per mancanza di ordinarie riparazioni, la estinzione dell'usufrutto, e la conseguente estinzione della ipoteca costituita sul medesimo, possono essere evitate con l'intervento del creditore ipotecario, il quale, all'oggetto di conservare il suo diritto, può impedire l'azione del proprietario, offrendo a lui il risarcimento dei danni e dandogli cauzione per l'avvenire (art. 516 Cod. civ.).

Ma questa non è, se ben si considera, una eccezione alla regola sopra enunciata, che estinguendosi l'usufrutto si estingue per necessaria conseguenza la ipoteca costituita sul medesimo. L'abuso che l'usufruttuario faccia del suo diritto, non è di per sè causa di estinzione del medesimo; perchè tale estinzione avvenga, occorre una pronunzia dell'autorità giudiziaria, ed il legislatore ammette che questa possa astenersi dal pronunziare la

decadenza dell'usufruttuario, adottando quei temperamenti equitativi che sono del caso: infatti l'art. 516 Cod. civ. così dispone nel 1° capov.: « L'autorità giudiziaria potrà però, secondo le circostanze, ordinare che l'usufruttuario debba dar cauzione qualora ne fosse esente, o che i beni siano affittati, o posti sotto amministrazione a spese di lui, o dati anche in possesso al proprietario con obbligo di pagare annualmente all' usufruttuario ed agli aventi causa da lui una somma determinata durante l'usufrutto ».

In coerenza di questa disposizione, ispirata a manifeste vedute di equità, il secondo capoverso dell' articolo citato ammette l' intervento dei creditori dell'usufruttuario interessati a conservare la loro garanzia: « I creditori dell'usufruttuario possono intervenire nel giudizio per conservare le loro ragioni, offrire il risarcimento dei danni e dare cauzione per l' avvenire ».

Ove si verifichi questo intervento, o l' usufruttuario ottenga direttamente dall' autorità giudiziaria uno dei temperamenti indicati nel primo capoverso dell' art. 516 Cod. civ., l' usufrutto non si estingue, e non si estingue, per conseguenza, la ipoteca costituita sul medesimo. Anco se i beni oggetto del diritto fossero dati in possesso al proprietario, con obbligo di pagare annualmente una data somma, durante l'usufrutto, all'usufruttuario o gli aventi causa da lui, non si ha l' estinzione del diritto, si ha una semplice modificazione nel modo di esercitare il diritto stesso, che non influisce sulla sua esistenza giuridica. Al diritto di godimento in natura che spettava all' usufruttuario, e che variava d'anno in anno secondo il reddito maggiore o minore dei beni che ne erano l'oggetto, è sostituito un credito in danaro fissato annualmente in una cifra determinata: su questo, in caso d' inadempienza, si eserciterebbero le azioni del creditore. La subastazione e la susseguente vendita coatta del diritto di usufrutto, avrebbero per immediato effetto di trasferire nell' aggiudicatario il diritto alla percezione dell' annualità che ne tiene luogo (1).

(1) Sulla questione trattata in questo numero può utilmente consultarsi il CANNADA-BARTOLI (*op. cit.*, I, 114) il quale sulla scorta del CHIESI (*Sistema*

308. Un caso che presenta nella pratica qualche difficoltà, e dà luogo a gravi divergenze, è quello della *consolidazione*, ossia riunione nella stessa persona delle qualità di usufruttuario e di proprietario; è ancor questo un caso di estinzione del diritto di usufrutto, enunciato, insieme con gli altri, nell'art. 515 Cod. civ.; parrebbe quindi che la estinzione della ipoteca costituita sull'usufrutto dovesse, anco nel caso di consolidazione, essere ammessa senza contrasto. L'usufrutto è un diritto risolvibile; la ipoteca costituita sul medesimo è risolvibile del pari; qualunque sia la causa per la quale l'usufrutto si estingue, deve per necessità estinguersi la ipoteca, la quale non può sopravvivere al perimento del suo oggetto, secondo la regola generale superiormente enunciata.

Nondimeno si sollevano a questo proposito degli obietti, che non sono privi di una certa gravità, quando la consolidazione avviene per fatto dello stesso usufruttuario che acquista la proprietà nuda e la riunisce al suo usufrutto. Si dice che ammettendo anco in questo caso la estinzione della ipoteca, si pone il creditore ipotecario in piena balìa dell'usufruttuario, il quale può, semprechè lo voglia e ne abbia i mezzi, privarlo della sua garanzia. Non potendosi ammettere che la ipoteca costituita sull'usufrutto si estenda alla nuda proprietà che viene a riunirsi al medesimo (1), non vo-

---

ipotecario, II, 570) insegna che la somma annua addossata dal giudice al proprietario è il prezzo del materiale godimento dei beni, e che il creditore avente ipoteca sull'usufrutto non ha diritto di preferenza sulla somma annua, che il proprietario è tenuto a pagare, come erroneamente ritengono POCHINTESTA e PACIFICI-MAZZONI, ma sul prezzo che può conseguirsi escutendo il diritto alla futura percezione della somma stessa. È evidente che la somma considerata in sè stessa è cosa mobile, e non può per conseguenza essere oggetto d'ipoteca.

(1) Che ciò non possa ammettersi tutti quanti lo riconoscono, perchè la ipoteca costituita sull'*accessorio* che è l'*usufrutto*, non può tacitamente estendersi al *principale*, che è la *proprietà*. Invece la ipoteca costituita sulla ***proprietà*** si estende all'*usufrutto* che a questa si unisce, come fu insegnato da Paolo nella L. 18 § 1 D. *De pignorat. act.* (XIII, 7): « Si nuda proprietas pignori

lendosi ammettere che la ipoteca si estingua, si è cercato di adottare una soluzione intermedia, sostenendo che la ipoteca continua a sussistere sull'usufrutto, sebbene questo abbia cessato di appartenere al debitore come diritto sulla cosa altrui (1).

Questa soluzione a noi non sembra in alcun modo accetta-

---

data sit, usufructus, qui postea accreverit, pignori erit ; eadem causa est alluvionis ». In questa legge si ha la prova migliore della giuridica impossibilità di sostenere la persistenza delle ipoteche sull'usufrutto dopo che l'usufruttuario si è reso acquirente della nuda proprietà; se infatti le ipoteche costituite sopra di questa si estendono all'usufrutto, *eadem causa alluvionis*, come possono sopravvivere le ipoteche costituite sul medesimo ? Vi ha una contradizione che non consente siffatta sopravvivenza dell'ipoteca alla estinzione del diritto che ne è oggetto.

(1) Questa soluzione, la quale è specialmente propugnata da quelli scrittori che ammettono la possibilità d'ipotecare il così detto usufrutto causale, e precisamente da DURANTON, *op. cit.*, XIX, 262; PROUDHON, *Usufruit*, 2031; GRENIER, *op. cit.*, 145; PONT, *op. cit.*, X, 891, fra i francesi; da POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 110; PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 114, fra gl'italiani, ha trovato accoglienza anco presso alcuni scrittori i quali non ammettono che il proprietario assoluto della cosa possa ipotecare il solo usufrutto. Fra questi scrittori sono da annoverarsi il DURANTE (*monograf. cit.* inserita nel *Monitore dei tribunali di Milano*) ed il MELUCCI, *op. cit.*, lez. III, n. 4, i quali distinguono il caso in cui la consolidazione è avvenuta per fatto indipendente dalla volontà dell'usufruttuario, da quello in cui ha avuto luogo per effetto di questa volontà. Ammettendo siffatta distinzione si verrebbe a questa conseguenza, che se l'usufruttuario, dopo avere ipotecato il suo diritto di usufrutto, divenisse erede del proprietario, la ipoteca si estinguerebbe; se invece acquistasse la proprietà per atto tra vivi, dipendente dalla sua volontà, la ipoteca continuerebbe a sussistere, dovendosi la consolidazione considerare come non avvenuta nei rapporti del creditore ipotecario. La distinzione, ispirata a manifeste considerazioni d'equità, non è a parer nostro accettabile, perchè arbitraria. Per noi è indubitato che l'ipoteca costituita sull'usufrutto, non può sopravvivere quando l'usufrutto, per qualsivoglia causa, è venuto a cessare. Se questa causa è volontaria, l'usufruttuario potrà essere tenuto al risarcimento dei danni in ragione del suo dolo ; ma l'azione esperibile contro di lui sarà in ogni caso azione personale, non essendo lecito ammettere l'esercizio di un'azione reale su ciò che ha cessato di esistere.

bile. Chi si accontenta di una ipoteca sul semplice usufrutto non ignora quanto sia effimera la garanzia che con ciò si è procurato: egli sa che la sua ipoteca è soggetta ad estinguersi ove si verifichi la estinzione dell'usufrutto; imputi dunque a sè stesso il danno che risente, per essersi accontentato di una garanzia poco efficace e poco duratura, o per avere corso la fiducia di un debitore che non era in grado di fornirgliene una che non fosse soggetta a tale eventualità. La circostanza che l' usufrutto si estingue per fatto volontario del debitore, non modifica la natura del rapporto giuridico; si ha un' ipoteca costituita sull' usufrutto che con l' estinguersi dell' usufrutto vien meno. Il creditore può reclamare l' immediato pagamento del suo credito, perchè il debitore ha diminuito per fatto proprio la data garanzia; ma non può pretendere di continuarne ad esercitare un diritto sopra un usufrutto che più non esiste e che si è estinto in un dei modi ammessi dalla legge.

Ammettere che il creditore ipotecario iscritto sull' usufrutto possa esercitare l'azione ipotecaria contro l'usufruttuario, divenuto proprietario assoluto « per costringerlo a separare l'usufrutto dalla proprietà e provvedere alla vendita dell' usufrutto stesso » (1), è un far violenza alla realtà delle cose; il creditore danneggiato dalla estinzione della sua ipoteca, può ottenere una sentenza di condanna e iscrivere in virtù della medesima una ipoteca sulla proprietà, destinata a prendere grado dal giorno della sua iscrizione; ma non può esercitare l'azione ipotecaria sopra un usufrutto che più non esiste, in virtù di una ipoteca che è rimasta estinta per la estinzione del diritto che ne era oggetto. La tutela del creditore, non si può spingere fino al punto di far sì che di fronte a lui continui a sussistere un usufrutto, il quale, dal momento che è stato riunito alla proprietà, ha cessato di esistere come diritto di per sè stante, capace d'ipoteca; non vale il dire che il contratto con cui l' usufruttuario si rende acquirente della nuda proprietà, ha effetto fra le parti, ma non ha effetto di fronte al creditore, estra-

(1) MELUCCI, *op.* e *loc. cit.*

neo al medesimo (1); non si tratta di un contratto ordinario, che generando relazioni personali, opera i suoi effetti fra coloro soltanto che vi hanno preso parte; si tratta di un contratto specialissimo, che facendo cessare l'usufrutto, come diritto a sè, fa, per logica conseguenza, cessare la ipoteca costituita sul medesimo. Tanto meno vale obiettare che la ipoteca costituita sull'usufrutto colpisce il godimento dei frutti che continua a sussistere dopo la consolidazione come elemento essenziale del diritto di proprietà (2), perchè il diritto di percipere i frutti che spettava all'usufruttuario non è quello stesso che gli spetta quando è divenuto proprietario della cosa; si ha una nuova causa giuridica di tale godimento e ne è cambiata sostanzialmente la natura primitiva (3).

---

(1) CANNADA-BARTOLI, *op. cit.*, II, 121. Questo egregio scrittore dopo aver negato la ipotecabilità dell' *usufrutto causale*, propende come il DURANTE e il MELUCCI, per ritenere che nel caso configurato di *consolidazione volontaria* l'ipoteca costituita sull'usufrutto continui a sussistere, e si fonda specialmente sull'argomento che i contratti hanno effetto fra le parti e non pregiudicano nè giovano ai terzi (art. 1130 Cod. civ.), nonchè sulle parole finali dell' articolo 1976 « ad eccezione dei casi in cui la legge espressamente dispone che la risoluzione o la rescissione non è operativa in danno dei terzi ». Al primo di questi argomenti rispondiamo nel testo: quanto al secondo ci limitiamo ad osservare che manca nel caso la *disposizione espressa* dalla quale unicamente si potrebbe argomentare che il diritto del terzo non è pregiudicato dall'avvenuta consolidazione.

(2) È questo l'argomento principale del DURANTON, *op.* e *loc. cit.*, ripetuto poi da tutti quanti gli scrittori che hanno studiato la controversia.

(3) Lo dice espressamente la L. 21 § 3 D. *De except. rei jud.* (XLIV, 2): « Postquam nactus sum proprietatem fundi, desinit meus esse prior ususfructus, et jure proprietatis, quasi ex nova causa, rursus meus esse coepit ». Decidono la questione nel senso da noi propugnato, in Francia: MARTOU, *op. cit.*, 735; LAURENT, *op. cit.*, XXX, 212 e DALLOZ, *Rép. gén.* v. *priv. et hyp.*, 804; in Italia: PAOLI, *Servitù personali*, 271; CHIESI, *op. cit.*, III, 571. V. ancora la nostra monografia sulla ipotecabilità dell' usufrutto, citata di sopra pag. 552 nota 1. Per ciò che attiene alla giurisprudenza si ha una importante decisione della Corte d'appello di Brescia del 3 ottobre 1887 (*Foro ital.*, 1888, I, 363) concernente il caso della rinunzia all'usufrutto, per parte dell'usufruttuarie; occorre

§ 3.

Diritti del concedente e dell'enfiteuta.

SOMMARIO

309. Ipotecabilità di questi diritti — 310. Pratica esplicazione del principio — 311. Risoluzione della ipoteca costituita su questi diritti in caso di devoluzione e di affrancazione—312. Maggiore stabilità della garanzia derivante dalla ipoteca sul diritto del concedente — 313. Estensione della ipoteca alla intera proprietà. Casi nei quali avviene.

309. L'art. 167 Cod. civ. enumera in terzo luogo fra i beni

---

appena avvertire che anco la rinunzia, producendo la estinzione dell'usufrutto, estingue la ipoteca costituita sul medesimo. La Corte ritenne appunto questa estinzione, accostandosi alla opinione da noi propugnata nel testo. Non è inutile riportare i motivi di questa decisione: « La Corte, *bene perpensis* gli argomenti e le ragioni addotti dai sostenitori delle diverse opinioni, segue volentieri quella secondo cui la ipoteca si estingue sempre ogni volta che l'usufrutto si estingua per consolidazione, qualunque ne sia la causa, volontaria, cioè, o non volontaria, siccome quella che sola le sembra rigorosamente conforme alla legge.—La legge, infatti, annovera all'art. 515 Cod. civ., fra i modi per i quali l'usufrutto si estingue la consolidazione, ossia la riunione nella stessa persona delle qualità di usufruttuario e di proprietario, tanto se avvenga nella persona che ha la nuda proprietà dei beni, quanto se nell' altra che ha dei beni il solo usufrutto; quindi, senza distinzioni di casi, la consolidazione estingue sempre l'usufrutto, come lo estinguono gli altri modi estintivi dallo stesso articolo indicati. E nella stessa maniera che la ipoteca si estingue per la distruzione dell' immobile che ne è gravato (art. 2029 Cod. civ.); così l' ipoteca costituita sull'usufrutto, che è considerato come immobile dalla legge (art. 415 Cod. civ.), e che è espressamente dichiarato capace d' ipoteca dall'art. 1967 n. 2 Cod. civ., si estingue esso pure, e viene meno, ognora che si perima e si estingua l' usufrutto per consolidazione; perchè nell' uno e nell' altro caso viene meno il soggetto della ipoteca, come appunto è detto nella L. 8 Dig. *Quib. mod. pign. vel hypot. solv*, 20, 6: *Sicut re corporali extincta, ita, et usufructu extincto, pignus hypothecave perit* ». Imperocchè sia già stato dimostrato dai moderni scrittori (fra altri recentemente dal DURANTE, *Dell'ipoteca*, ecc.) che la teorica di due specie di usufrutto, l'uno *formale*, l'altro *causale*, nel quale ultimo si vorrebbe passata la

capaci d' ipoteca i diritti del concedente e dell' enfiteuta sui beni

---

ipoteca costituita sull'usufrutto formale, estinto per consolidazione volontaria, non ha verun fondamento razionale e neppure nei testi del diritto romano; e non si può quindi ammettere che estinto l'usufrutto formale per volontaria consolidazione, l'ipoteca che lo colpiva continui a sussistere sull'usufrutto causale, ossia sul diritto di usare e godere che ha il proprietario della cosa sua. Il codice civile non riconosce che un solo usufrutto, quello che consiste nel diritto di godere delle cose di cui altri ha la proprietà. Ed è stato ben detto che *un usufrutto che sia congiunto alla proprietà, e costituisca ad un tempo un ente per sè stante e distinto, di fronte al nostro codice* non v'è..... *e ammettendo la permanenza dell'ipoteca anche nell'usufrutto riunito alla proprietà, si dà alla ipoteca per subietto una cosa che non esiste* (Paoli, *Servitù personali*). Per le quali cose essendosi consolidato nel proprietario degl'immobili espropriati l'usufrutto con la proprietà in virtù del mentovato rogito Muratori 15 decembre 1880, anche l'ipoteca giudiziale iscritta nel 17 ottobre 1878 sull'usufrutto dai creditori dell'usufruttuario si estinse necessariamente e contemporaneamente con la estinzione dell'usufrutto, che era il subietto della ipoteca medesima, nello stesso modo che sarebbe rimasta estinta pel totale perimento della cosa sulla quale l'usufrutto era stabilito. — Il pericolo di abbandonare alla mala volontà, o al capriccio del debitore, le sorti del creditore, al quale può, quando che sia e gli piaccia, far perdere le garanzie, rinunziando gratuitamente o per correspettivo all'usufrutto, non basta a giustificare l'inapplicazione dei principii di diritto e della legge; oltrechè, se la volontaria consolidazione sia fatta in frode, il creditore può farla revocare con l'azione pauliana, o altrimenti domandare al debitore una nuova ipoteca, e, in mancanza, il pagamento del debito (articolo 1980 Cod. civ.). Invano dai sostenitori della opinione contraria si invoca anche l'equità la quale (si dice) non permette che abbia a dipendere dall'arbitrio del debitore l'annullare la garanzia della sua obbligazione; come invano si argomenta dalla disposizione dell'art. 1951, richiamato dall'art. 2029 n. 2 Cod. civ., per affermare che: « se il legislatore per ragioni di alta moralità ha ammesso che il diritto d' ipoteca si faccia valere anche dopo la totale distruzione dell'immobile sulle somme dovute dagli assicuratori, non potrà poi avere voluto che, meno gravi essendo gli ostacoli giuridici da superare, e concorrendo ragioni di moralità forse più forti, l'ipoteca sull'usufrutto perda la sua efficacia per la sopravvenuta consolidazione (Durante, *op. cit.*, § IX): imperocchè, prima di tutto, dove la legge ha chiaramente disposto, male si ricorre alla equità per non applicarla e violarla: in secondo luogo, da una disposizione singolare, come è quella dell'art. 1951 Cod. civ., nulla si può trarre a favore di un caso diverso,

enfiteutici (1); ed a ragione (2); perchè in virtù del contratto di

---

come è quello di cui ora si discorre, e che il legislatore ha abbandonato ai principii e alle regole ordinarie del diritto ». Il CAPORALI in una lunga nota critica pubblicata nel citato periodico, combatte la soluzione adottata dalla Corte d' appello di Brescia, invocando il solito argomento della possibilità di frodi e del danno che risente il creditore, al quale può rispondersi con la trita massima « *adducere inconveniens non est solvere argumentum* »; lo stesso scrittore si basa ancora sopra una intelligenza affatto errata dell'art. 2017 Cod. civ.: se dopo il rilascio fatto dal terzo possessore, e dopo la vendita all'incanto seguita contro di lui. tornano a rivivere le ipoteche che gli spettavano prima del suo acquisto, non può davvero argomentarsene che continuino ad aver vita dopo la consolidazione le ipoteche costituite sull'usufrutto. L'altro argomento desunto dall'art. 1964 Cod. civ. e precisamente dalle parole « l'ipoteca è inerente ai beni e li segue presso qualunque possessore », è del pari destituito di valore: l'ipoteca segue i beni in quanto continuano a sussistere, ma se periscono, come perisce l'usufrutto nel caso di consolidazione, come può l'ipoteca seguirli?

(1) Il Codice francese, che non parla del contratto di enfiteusi, non ha una disposizione corrispondente. Conclusa sotto l' impero di quel Codice una locazione a lungo tempo con i caratteri della concessione enfiteutica, il diritto d'ipotecare risiede nel solo concedente, perchè l'enfiteuta non acquista un diritto reale immobiliare che sia dichiarato capace d' ipoteca dalla legge. V. su ciò PONT, *op. cit.*, 388, che confuta la contraria opinione di molti scrittori. Le leggi civili napoletane riproducevano nell' art. 2004 l' art. 2118 Cod. franc., omettendo di enumerare fra le cose capaci d'ipoteca il diritto enfiteutico: provvedeva però l'art. 1690 disponendo: « *L'enfiteuta può ipotecare il fondo enfiteutico* ». Il Codice albertino non ammetteva il frazionamento del dominio derivante dalla enfiteusi: la concessione d' immobili contro il corrispettivo di un annuo canone, trasferiva nel concessionario il pieno dominio non ostante qualsivoglia clausola in contrario (art. 1941); però dichiarava capace d'ipoteca « *il dominio così diretto come utile dei beni conceduti ad enfiteusi anteriormente all' osservanza del presente Codice* ». Il regolam. pontif. art. 104; il Cod. parm. art. 2168; il Cod. est. art. 2159 n. 3; la legge tosc. art. 4, 56, disponevano come il Codice vigente.

(2) In seno alla Commissione coordinatrice insorse contro la disposizione in esame il senatore Chiesi, il quale avrebbe voluto che soltanto il diritto dell'enfiteuta, o dominio utile, fosse dichiarato capace d'ipoteca: a sostegno di questa

enfiteusi il dominio dell'immobile che ne è oggetto viene a frazionarsi fra due persone, che esercitano sull'immobile stesso diritti reali immobiliari, aventi ciascuno un proprio contenuto, e un valore economico trasmissibile e perciò ipotecabile (1).

I due diritti hanno ciascuno un proprio contenuto, perchè se da un lato il concedente conserva il diritto alla percezione del canone, come correspettivo del dominio eminente che a lui rimane,

---

sua proposta l'egregio giureconsulto aveva nei suoi *Nuovi studi sul sistema ipotecario* (n. 67) osservato che nel contratto d'enfiteusi il vero dominio passa nell'enfiteuta, il quale può esercitare sul fondo i diritti tutti del proprietario, mentre il concedente non conserva che diritti assai limitati, i quali si riducono in sostanza alla esazione dell'annuo canone; che lo stesso fondo fosse contemporaneamente dato in ipoteca da due persone diverse, sembrava al senatore Chiesi una incongruenza; e perciò riteneva che fra le due dovesse essere preferita la persona dell'utilista, che ha il possesso e il godimento del fondo. La Commissione si riservò di deliberare sulla proposta Chiesi quando avrebbe preso in esame gli articoli destinati a regolare e definire il contratto di enfiteusi; ma non resulta che ciò sia avvenuto e l' art. 1993 n. 3 del progetto rimase qual'era formulato divenendo l' art. 1967 n. 3 Cod. civ. Non vi è ragione alcuna di muovere lamento di ciò. I due diritti hanno ciascuno un proprio contenuto, affatto indipendente da quello dell'altro: diritto alla percezione dell'annuo canone e a conseguire la devoluzione, per parte del concedente; diritto di appropriarsi tutte le rendite del fondo, meno la parte necessaria al pagamento del canone, con facoltà di redimerlo, per parte dell'enfiteuta. Giustamente osserva il POCHINTESTA (*op. cit.*, I, 111) non esservi alcuna incongruenza nella contemporanea ipotecabilità dei due diritti, come non ve ne ha nel concedere al proprietario e all'usufruttuario di un immobile d'ipotecare ciascuno rispettivamente la proprietà e l'usufrutto. A ciò può aggiungersi che vi è un argomento *a fortiori*; mentre l'ipoteca costituita sull'usufrutto si estingue coll'estinguersi dell'usufrutto, l'ipoteca sul diritto enfiteutico si risolve sempre sopra un equivalente del diritto ipotecato, come dimostreremo richiamando fra breve l'art. 1567 Cod. civ.

(1) Si dubitava giustamente della ipotecabilità del diritto dell'enfiteuta nelle enfiteusi antiche così dette *pazionate*, e generalmente in quelle che, essendo stipulato *pro se et heredibus*, o *ex pacto et providentia*, erano inalienabili. Cons. su ciò CARABELLI, *op. cit.*, § XIII, n. 19.

e il diritto di domandare la devoluzione nei casi stabiliti dalla legge, l'enfiteuta, dall'altro, fa sue tutte le rendite del fondo e dispone liberamente della sostanza del medesimo, coll'onere soltanto di corrispondere la pattuita annualità, e col grande vantaggio di potersi rendere, ad ogni istante, proprietario assoluto, mercè l'affrancazione.

Avendo un contenuto proprio e indipendente, i due diritti hanno necessariamente un valore; quello del concedente rappresentato dal capitale corrispondente all'annuo canone; quello dell'enfiteuta rappresentato dall'intero valore del fondo enfiteutico, detratto però questo capitale: la ipoteca costituita dal concedente colpisce pertanto il diritto alla percezione del canone e a domandare la devoluzione nei casi in cui questo secondo diritto è dalla legge accordato; quella costituita dall'enfiteuta colpisce lo stesso fondo enfiteutico, diminuito di valore per l'annualità che vi grava e che costituisce un onere della proprietà.

Non è il caso di distinguere fra enfiteusi perpetua ed enfiteusi temporanea; fra enfiteusi antica, che esige il pagamento di laudemii o di altre prestazioni, ed enfiteusi moderna che non ammette questa sorta di vincoli. Anco nella enfiteusi temporanea il diritto di affrancazione e il diritto a compenso per miglioramenti dànno al rapporto giuridico la natura reale immobiliare che è indispensabile requisito della ipotecabilità; ed anco nella enfiteusi antica, essendo ammessa la libera trasmissione del diritto, l'ipoteca costituita dall'enfiteuta non trova ostacolo nella inalienabilità, che il legislatore ha bandito in omaggio al principio economico della commerciabilità dei beni (1).

310. Dal principio che i due diritti dichiarati capaci d'ipoteca nell'art. 1967 n. 3 Cod. civ. hanno ciascuno un proprio contenuto e un proprio valore, sebbene abbiano per oggetto lo stesso fondo, derivano, per ciò che concerne l'azione ipotecaria, importanti conseguenze.

---

(1) Art. 29 disp. transit. per l'attuazione del Cod. civ.

Ipotecato il diritto del concedente, ciò che il creditore ha diritto di escutere in caso d' inadempimento della obbligazione garantita, non è il fondo enfiteutico, bensì il diritto di esigere l'annuo canone dal possessore del fondo stesso; il valore del diritto è facilmente determinabile, perchè consiste nel capitale corrispondente dovuto dal possessore in caso di affrancazione: anco il legislatore commisura sul canone questo valore, disponendo nell'art. 663 Cod. proc. civ. che per procedere alla sproporzione forzata il creditore istante può offrire un prezzo non minore di sei decimi del capitale corrispondente all'annuo canone; e sarà questo il modo ordinario seguìto nella pratica, essendo inutile domandare la perizia, e sottostare alla spesa relativa, quando il subietto da subastarsi ha un valore costante, non suscettivo di alterazione neppure per la perdita o il deterioramento del fondo enfiteutico (1).

Ipotecato il diritto dell' enfiteuta, ciò che il creditore ha diritto di escutere, ove si faccia luogo all'esercizio dell' azione ipotecaria, è lo stesso fondo con i suoi accessori reputati immobili per disposto di legge; è quindi necessaria la valutazione del fondo secondo il suo intero valore, la quale può essere fatta con perizia nei modi consueti, o per via di offerta di sessanta volte il tributo diretto verso lo Stato per parte del creditore; dal valore intero deve però detrarsi l'ammontare del capitale corrispondente all'annuo canone dovuto al concedente; perchè questi non è un creditore che sia tenuto a comparire nel giudizio di graduazione per esservi collocato; è investito di un diritto reale immobiliare che

(1) A questo proposito basta considerare che l' enfiteuta non può pretendere remissione o riduzione del canone per qualunque insolita sterilità o perdita di frutti (art. 1559 Cod. civ.); e che non può pretendere diminuzione neppure nel caso di distruzione parziale dello stesso fondo enfiteutico, ove la rendita della parte che resta sia sufficiente per pagarlo interamente (art. 1560 Cod. civ.), Resulta da ciò che i rischi sono pel concedente remotissimi: bisogca ricorrere al caso della perdita totale del fondo enfiteutico, che è causa di estinzione della stessa ipoteca costituita sulla intera proprietà.

rimane escluso dalla espropriazione (1). Il concedente può avere interesse, e perciò diritto, d'intervenire nel giudizio di graduazione per ottenere pagamento dei canoni arretrati anteriori all'aggiudicazione; e per questi, che formano un credito vero e proprio, può esercitare il diritto di prelazione derivante dal privilegio di cui all'art. 1958 n. 2 Cod. civ., nonchè dalla ipoteca che sia stata costituita e iscritta sul dominio utile a maggior garanzia del credito relativo; ma non ha interesse d'intervenire nel giudizio di graduazione per la conservazione del suo diritto alla percezione dei canoni futuri, perchè questa gli è assicurata dal diritto reale immobiliare a lui spettante (art. 415 Cod. civ.).

311. Interessa la ipoteca costituita sui diritti derivanti dal contratto di enfiteusi la disposizione dell'art. 1567 così concepita: « Nel caso di devoluzione le ipoteche acquistate contro l'enfiteuta si risolvono sul prezzo dovuto pei miglioramenti. Nel caso di affrancazione le ipoteche acquistate contro il concedente si risolvono sul prezzo dovuto per l'affrancazione ».

Mentre nella estinzione dell'usufrutto nulla sopravvive e la ipoteca costituita sul medesimo perde ogni valore, nella estinzione dei diritti di cui si parla sopravvive il prezzo dovuto da quello degl'interessati che riunisce in sè l'intero dominio del fondo all'altro che ne rimane interamente privo. Le ipoteche si risolvono su questo prezzo; dal che si argomenta agevolmente che ha luogo, per disposto di legge, una surrogazione del prezzo alla cosa, e che per conseguenza chi è debitore di questo prezzo si libera dalla re-

---

(1) Cass. Napoli, 21 febbraio 1875, *Giurispr. it.*, XXVII, I, 660. Ci sembra pertanto errata, così com'è formulata, la massima sancita dalla Corte d'appello di Napoli con sentenza 12 marzo 1875, *Gazz. Proc.*, X, 166, che « *il direttario preleva il capitale senza bisogno d'iscrizione* ». Il direttario nulla preleva. Ciò che si escute è il dominio utile; ciò che si distribuisce è il prezzo del dominio utile; l'aggiudicatario di questo dominio resta obbligato al pagamento dell'annuo canone per il fatto dell'aggiudicazione, senza che il concedente abbia bisogno di comparire nel giudizio di graduazione e di farsi collocare per la conservazione dei suoi diritti.

lativa obbligazione soltanto con la piena erogazione del medesimo a favore dei creditori iscritti.

Certo il concedente che ottiene la devoluzione del fondo enfiteutico, e l'enfiteuta che redime il canone, non hanno bisogno di istituire il giudizio di purgazione per liberare dalle ipoteche che lo gravano il diritto nuovamente acquistato (1); queste ipoteche cessano di colpire il diritto dal momento che per disposto di legge si risolvono sul prezzo dovuto in correspettivo (2); ma appunto perchè le ipoteche si risolvono sul prezzo, il prezzo deve essere pagato nelle mani dei creditori iscritti; ed ove non bastasse all'integrale pagamento dei loro crediti, ed essi non si accordassero per distribuirselo, deve essere depositato, onde possano essere collocati sul medesimo secondo il loro grado (3).

312. Dalla disposizione dell' art. 1567 Cod. civ. si argomenta che la ipoteca costituita sul diritto del concedente è più efficace di quella costituita sul diritto dell'enfiteuta, sebbene questi abbia, finchè dura il rapporto giuridico, il pieno possesso e godimento del fondo e rivesta tutte le apparenze della assoluta proprietà: infatti il diritto al capitale corrispondente all' annuo canone, è certo ed invariabile, mentre il diritto al prezzo dei miglioramenti è, non soltanto incerto nel suo ammontare, ma nella sua stessa esistenza.

---

(1) Lo decise la Corte d' appello di Milano rispetto all' utilista che affranca con sentenza del 18 aprile 1876 (*Monit. trib. Mil.*, 1876, 583); ma la massima è dagli scrittori generalizzata ed estesa al direttario cui si devolve il fondo enfiteutico (Pochintesta, *op. cit.*, I, 111; Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, I, 115).

(2) Se pertanto in caso di devoluzione non vi fossero miglioramenti, le ipoteche costituite dall'enfiteuta rimarrebbero del tutto inefficaci.

(3) Questo non sarebbe giudizio di purgazione; il diritto è purgato dalla sua estinzione; sarebbe però un vero e proprio giudizio di ordine; e il debitore del prezzo, che lo pagasse senza provocare questo giudizio, sarebbe tenuto a pagarlo due volte, ove ne venissero alterati i preesistenti diritti di prelazione.

Quando non vi siano miglioramenti, o non siano di tale entità da garantire ai creditori iscritti sul diritto dell'enfiteuta il rimborso di ciò che loro è dovuto, questi creditori corrono un serio pericolo nel caso in cui sia dal concedente domandata la devoluzione. Per questo la legge accorda loro il diritto d'intervenire nel giudizio, quando la devoluzione è domandata per colpa dell'enfiteuta, cioè per mancato pagamento dei canoni o per danni arrecati al fondo. I creditori dell'enfiteuta possono intervenire nel giudizio per conservare le loro ragioni, valendosi anche all'uopo del diritto di affrancazione spettante all'enfiteuta, offrire il risarcimento dei danni e dare cauzione per l'avvenire (art. 1565 capov. Cod. civ.). Questo intervento, che rappresenta un'applicazione speciale del principio su cui si fonda l'azione surrogatoria di cui all'art. 1234 Cod. civ., è concesso in modo generico ai creditori, ipotecari o chirografari che siano; ma giova specialmente ai primi, come presidio del diritto di prelazione che a loro spetta.

313. Devoluto il fondo al concedente, o affrancato dall'enfiteuta l'annuo canone, le ipoteche costituite sul diritto che rimane estinto si risolvono, come si è visto, sul prezzo che gli sopravvive: ma che cosa avviene delle ipoteche costituite sull'altro diritto, a cui viene ad aggiungersi il dominio? Il concedente che ha ipotecato il suo diritto ottiene la devoluzione; quel diritto non esiste più come cosa di per sè stante; la ipoteca continua ciò non ostante a colpirlo, o si estende alla piena proprietà dell'immobile? L'enfiteuta, che ha ipotecato il suo diritto, redime il canone e acquista con ciò la proprietà assoluta; il diritto che aveva origine dalla enfiteusi cessa di esistere: che cosa accade della ipoteca costituita sul medesimo?

Se al caso potessero applicarsi le considerazioni esposte pel caso analogo della estinzione dell'usufrutto per consolidazione, dovremmo pronunziarci per la estinzione della ipoteca; ma quelle considerazioni non sono applicabili. L'usufrutto è, rispetto alla proprietà, un semplice accessorio e la ipoteca iscritta sull'accessorio

non può estendersi al principale, non può continuare a sussistere sull'usufrutto, che più non esiste, e per conseguenza si estingue. Ma i diritti del concedente e dell'enfiteuta non sono fra loro in rapporto di accessorio a principale: la loro riunione in una delle due persone interessate nel rapporto giuridico, permette, a parer nostro, la estensione della ipoteca alla piena proprietà, in virtù del principio che la ipoteca si estende ai miglioramenti ed alle altre accessioni dell'immobile ipotecato.

Il concedente ottiene la devoluzione? La ipoteca da lui costituita sul suo diritto si estende alla intera proprietà che in lui si riconsolida: l'enfiteuta affranca il canone? È da ammettersi, in senso inverso, eguale soluzione (1).

---

(1) Il PACIFICI-MAZZONI (*op.* e *loc. cit.*) contemplando questa ipotesi, sostiene che la ipoteca rimane inalterata e che può farsi valere sul dominio diretto o sul dominio utile « quali erano al tempo della costituzione della ipoteca e come se continuassero a esistere separati nel medesimo stato ». Ciò è evidentemente assurdo, perchè il dominio utile e il dominio diretto hanno cessato di esistere. Come può concepirsi che in pregiudizio di chi ha la piena proprietà si escuta il diritto di esigere l'annuo canone da lui medesimo, facendo rivivere con l'aggiudicazione il rapporto giuridico di enfiteusi, che è definitivamente estinto? O che si escuta un dominio utile *intellettuale*, lasciando all'enfiteuta il diritto alla percezione del canone da lui acquistato mediante l'affrancazione? Il MELUCCI (*op. cit.*, lez. III, n. 6) ha ben compreso che le ipoteche non possono restare nello *statu quo ante*; ma è andato nell'eccesso opposto, ammettendo che esse vengano nei due casi contemplati ad estinguersi: questa ci sembra assurdità anco maggiore; imperocchè apre l'adito alla frode e minaccia il credito fondiario nelle stesse sue basi fondamentali. Non è inutile riprodurre il ragionamento del citato scrittore: « In rapporto alla ipoteca degli immobili enfiteutici vengono altre questioni, analoghe a quelle esaminate riguardo alla ipoteca degli immobili sui quali è costituito un diritto di usufrutto. Difatti, l'art. 1567 non prevede l'ipotesi dell'ipoteca costituita sul diritto del concedente, in caso di devoluzione; nè l'altra dell'ipoteca costituita sul diritto dell'enfiteuta, in caso di affrancazione. Cotesta ipoteca si riverserà tutta sulla nuova piena proprietà dello immobile? Si estinguerà per mancanza dell'oggetto su cui era stabilita? Si conserva nello *statu quo ante*? Escludiamo la prima soluzione, per le ragioni addotte a proposito dell'ipoteca del diritto

§ 4.

Rendite sopra lo Stato.

SOMMARIO

314. Richiamo delle leggi speciali su questa materia.

314. Sono in quarto ed ultimo luogo capaci d'ipoteca le rendite sopra lo Stato, nel modo determinato dalle leggi relative al debito pubblico (art. 1967 n. 4 Cod. civ.).

---

di usufrutto e di nuda proprietà. Ma non è accettabile, neanche in parte, la terza soluzione che adottammo in quella circostanza, attesi i diversi principii economici e giuridici, che governano l'enfiteusi e le servitù personali. Queste sono smembramenti *temporanei* della proprietà; epperò, la legge non ha ragione di opporsi, nell'interesse del creditore ipotecario, al prolungarsi di quello smembramento sino ad una data scadenza, che non può mancare. Invece, lo smembramento della proprietà nella enfiteusi, se questa non è espressamente stabilita a termine, è *perpetuo*; e se la legge nostra, dopo le prime sue esitazioni, riconobbe l'istituto dell'enfiteusi, fu sopra tutto perchè le aprì le più larghe vie della possibile sua estinzione, ritenendo persino nullo il patto espresso del divieto di affrancazione (art. 1556, 1564). Ora se il creditore ipotecario del concedente o dell'enfiteuta potesse considerare non avvenuta, nel suo interesse, la devoluzione o l'affrancazione dell'immobile enfiteutico, verrebbe ad opporsi al voto della legge per la ricostituzione della piena proprietà. Infatti, egli, a conservare efficacemente la sua ipoteca, dovrebbe poter ancora espropriare l'ex dominio diretto e l'ex dominio utile: ciò che vuol dire ch'egli dovrebbe poter trovare un aggiudicatario dell'uno e dell'altro; il quale aggiudicatario perpetuerebbe così, nella sua persona e nei suoi eredi, l'esistenza dell'enfiteusi su quel dato immobile. Necessità di cose dunque reclama, nelle ipotesi configurate, la totale estinzione dell'ipoteca, in applicazione del n. 2 dell'art. 2029, e salvo il disposto degli art. 1176, 1980 ». Accettando queste conclusioni si verrebbe alla conseguenza che un Tizio ipoteca il dominio utile di un fondo che ha un valore di 10,000 lire pel quale corrisponde un annuo canone di 50 lire, ove egli affrancasse il canone, si estinguerebbe l'ipoteca; come nel caso inverso, si estinguerebbe la ipoteca sul dominio diretto per la

La legge 10 luglio 1861 n. 94 sulla istituzione del gran libro del debito pubblico, mentre dichiara che le iscrizioni al portatore non possono sottoporsi a vincolo (art. 29), ammette che possano esservi sottoposte le iscrizioni nominative, benchè mobili (art. 418 Cod. civ.); questo vincolo, impropriamente chiamato ipoteca, può essere costituito sia mediante atto pubblico, sia mediante dichiarazione presso l'amministrazione del debito pubblico, fatta dal titolare da un agente di cambio, notaio, od altro pubblico ufficiale come sopra, per assicurare la identità e la capacità giuridica del dichiarante (art. 24). Del vincolo è fatta precisa e specifica annotazione, tanto sull'iscrizione, quanto sul relativo certificato, indicandosi anche l'atto dal quale deriva o viene riconosciuto (art. 26), e che deve essere un contratto notarile, una convenzione giudiziale, una dichiarazione autentica fatta dal titolare presso l'amministrazione, autenticata da un agente di cambio o da un notaio, o, finalmente, una sentenza passata in giudicato (art. 18 e 19). Il vincolo è identicamente conservato nei passaggi delle iscrizioni (art. 27). Una iscrizione non può essere soggetta che ad un solo vincolo (art. 28).

Questo speciale vincolo, che colpisce beni mobili e che ha per conseguenza la natura giuridica del pegno, piuttosto che quella dell'ipoteca, sebbene sia designato con questa seconda qualifica dal legislatore, sfugge al programma che ci siamo tracciati e non può formare oggetto del nostro studio (1).

---

devoluzione del fondo enfiteutico operatasi a favore del concedente. Tutto ciò è da escludersi assolutamente; la erroneità di queste conclusioni non ha bisogno di essere dimostrata.

(1) In argomento può consultarsi CANNADA-BARTOLI, *op. cit.*, II, 181 e seg., il quale si diffonde nel dimostrare le ragioni giuridiche ed economiche per le quali la rendita nominativa, per quanto dichiarata insequestrabile, è però suscettiva di vincolo per fatto volontario del titolare. Ciò deriva dalla speciale ragione che determina la insequestrabilità; la quale non è imposta per ragioni desunte dalla intrinseca natura dei beni (come in quella del demanio pubblico), ma per favorire questa forma d'impiego vantaggiosa allo Stato.

SEZIONE II

ESTENSIONE DELLA IPOTECA ALLE ACCESSIONI DELL'IMMOBILE IPOTECATO.

§ 1.

La regola.

SOMMARIO

315. Disposizione della legge. Suo fondamento razionale — 316. Estensione dell'ipoteca ai miglioramenti — 317. Alle costruzioni — 318. Alle accessioni dell'immobile ipotecato — 319. Non però ai nuovi acquisti del debitore — 320. L'estensione dell'ipoteca ha luogo quantunque i miglioramenti e le costruzioni siano opera di un terzo — 321. Da chi è dovuto il compenso nei casi previsti dall'art. 450 Cod. civ.—322. Limitazione dell'azione ipotecaria al fondo originario. Intervento e opposizione dei creditori interessati nel giudizio esecutivo—323. Estensione all'usufrutto della ipoteca costituita sulla nuda proprietà.

315. Stretta attinenza con la materia trattata nel presente capitolo — la ipoteca considerata nel suo oggetto — ha la disposizione dell'art. 1966 Cod. civ., che ci siamo riservati di prendere in esame in questa sezione seconda. Per il ricordato articolo la ipoteca si estende a tutti i miglioramenti ed anche alle costruzioni ed altre accessioni dell'immobile ipotecato (1): sono incre-

---

POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 113 e sulla scorta di lui PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 116, esaminano la questione se possano essere assoggettate al vincolo ammesso per la rendita nominativa le cartelle nominative emesse dagl'istituti autorizzati a esercitare il credito fondiario, in virtù della legge 22 febbraio 1885 n. 2922; questione oziosa, dal momento che manca una disposizione di legge che dichiari ipotecabili queste cartelle. L'art. 10 della legge, dichiarando che le cartelle fondiarie possono essere ricevute in pegno dagl'istituti di credito per garanzia delle anticipazioni da essi accordate nei limiti dei loro statuti, rende impossibile ogni dubbio.

(1) È un principio già ammesso in diritto romano non soltanto riguardo all'alluvione (L. 16 pr. D. *De pignorib.*, XX, 1): « Si fundus hypothecae datus

menti dell'immobile ipotecato, che non hanno una esistenza propria e che non possono esserne separati senza danno; cose accessorie, è ben naturale che partecipino della condizione giuridica della cosa principale e ne seguano le sorti.

Il principio proclamato dal citato articolo è una logica e ne-

---

sit, deinde alluvione major factus est, totus obligabitur », ma ancora riguardo a qualsiasi incremento dell' immobile ipotecato (L. 16 § 2 D. *De pignorib.*, XX, 1): « Si res hypothecae data, postea mutata fuerit, aeque hypothecaria actio competit; veluti de domo data hypothecae, et horto facta. Item si de loco convenit, et domus facta sit. Item de loco dato, deinde vineis in eo positis ». La ipoteca si estendeva persino all' area quando la ipoteca era data sull'edifizio, estensione questa non così naturale come quella che verificavasi nel caso inverso : le due ipotesi sono contemplate congiuntamente nella L. 21 D. *De pignorat. act.*: « Domo pignori data, et area ejus tenebitur ; est enim pars ejus: et contra, jus soli sequetur aedificium ». Entra nello stesso ordine d'idee la estensione alla piena proprietà della ipoteca costituita sulla proprietà nuda, quando l'usufrutto si estingue: L. 18 § 1 D. *De pignorat. act.*: « Si nuda proprietas pignori data sit, ususfructus, qui postea accreverit, pignori erit ». Lo stesso principio esprimeva già il Codice franc. (art. 2133), parlando però di soli miglioramenti. Il legislatore nostro aggiungendo le parole « *costruzioni ed altre accessioni* », ha meglio esplicato il concetto, evitando questioni cui dava luogo il laconismo del Codice francese. Già i legislatori degli antichi Stati italiani avevano specificato. Il Codice di Parma parla di « *alluvioni e incrementi* » (art. 2185); di « *alluvioni e miglioramenti* » il Cod. estense (art. 2185); di « *aumenti naturali e industriali sopravvenuti* » la legge toscana (art. 60). Come il Codice francese disponevano il Codice alb. (art. 2192) e le leggi civ. napolet. (art. 2009). Degno di nota, sopra tutti, l' art. 113 del regolam. pontificio: « Il diritto d'ipoteca legittimamente acquistato si estende a tutti gli accrescimenti ed a tutti i miglioramenti degl'immobili che vi sono sottoposti, comunque provengano da cause naturali, o dal fatto od industria del debitore, finchè i medesimi rimarranno presso di lui ». Oltre che per la sua maggiore specificazione l' art. 1966 Cod. civ. è degno di lode per la sede ove è posto. È una disposizione generale che si applica a qualunque ipoteca. L' art. 2133 Cod. franc., essendo nella sezione che tratta della ipoteca convenzionale, doveva essere applicato alle ipoteche legali e giudiziali per via di ragionamenti, che si possono omettere di fronte al nostro Codice. V. su ciò PONT, *op. cit.*, X, 404.

cessaria conseguenza dell' essere la ipoteca un diritto reale; come diritto reale è inerente ai beni sui quali è legittimamente costituita, e perciò li colpisce con tutto ciò che dopo la sua costituzione passa a formarne parte integrante. In pari tempo lo stesso principio è conseguenza logica e necessaria della indivisibilità della ipoteca; dal momento che questa, per essere indivisibile, sussiste per intero sopra tutti i beni vincolati, sopra ciascuno di essi e sopra ogni loro parte (art. 1964 capov. 1° Cod. civ.), è naturale che investa anco quelle parti che all' immobile ipotecato vengono ad aggiungersi successivamente: se avesse accolto la contraria soluzione, il legislatore avrebbe disconosciuto il carattere della indivisibilità, proprio della ipoteca; perchè avrebbe ammesso che essa potesse colpire soltanto quelle parti dell' immobile ipotecato, che già esistevano quando la ipoteca fu costituita.

Già il Brunnemanno commentando la L. 18 § 1 D. *De pignorat. act.* ebbe a formulare la regola « *quod accedit pignori, pignus est* » (1), regola che è stata consacrata nell' art. 1966 Cod. civ.

316. La ipoteca, convenzionale, giudiziale o legale che sia, si estende adunque ai miglioramenti, cioè a quei lavori utili che sono stati fatti nell' immobile ipotecato per aumentarne il reddito ed il valore, come piantagioni, fossi di scolo, fognature, strade, ed altre opere consimili (2); taluno distingue, a questo riguardo, i miglioramenti suaccennati, che chiama industriali, dai miglioramenti che qualifica del titolo di naturali o accidentali, come sarebbero l'apertura di una nuova strada pubblica che renda più proficua e meno dispendiosa la coltivazione del fondo dato in ipoteca, l' allargamento o abbellimento di una via che aumenti il valore della casa ipotecata (3); ma la distinzione, la quale del resto è senza importanza, perchè l' ipoteca si estenderebbe agli uni ed agli altri, non ha ragione di essere. Aumentato il valore dell' immobile

---

(1) Chiesi, *op. cit.*, III, 780.

(2) Melucci, *op. cit.*, lez. II, n. 6.

(3) Pochintesta, *op. cit.*, I, 116.

ipotecato, per cause estrinseche, non può dirsi, senza commettere una grave inesattezza, che l' ipoteca si estende ai miglioramenti. L' immobile resta qual' era per lo innanzi nella sua specifica materialità; il creditore ipotecario risente un vantaggio dell' aumento di valore dell' immobile ipotecato, ma l'oggetto dell' ipoteca resta precisamente quello che era. Intesa in questo modo, la disposizione non avrebbe senso; la ipoteca non si estende al miglioramento consistente nell' apertura della strada o nell' allargamento della via; si estende al miglioramento consistente nella trasformazione più o meno sostanziale dell' immobile ipotecato, che produce cambiamento di destinazione ed aumento di reddito per cause intrinseche (1).

Ipotecato un fondo incolto, la ipoteca si estende alle opere permanenti eseguite per coltivarlo; ipotecato un terreno nudo, alle piantagioni; ipotecato un edifizio, alle pitture, alle incrostazioni, agli altri ornamenti e abbellimenti che vi si fanno. Questo, in sostanza, dice la legge; e anco se nol dicesse, lo si dovrebbe ammettere egualmente, perchè quegl' incrementi dell' immobile ipotecato, non hanno una esistenza separata e un separato valore, e ne formano parte integrante (2).

---

(1) Il Laurent (*op. cit.*, XXX, 206) guidato dal suo squisito criterio giuridico, attribuisce alla parola « *ameliorations* » passata nella legge belgica (art. 45) dal Cod. franc. (art. 2133) il suo vero significato di lavori fatto sull' immobile ipotecato aumentandone il valore. Quanto ai miglioramenti dipendenti da causa estrinseca non è esatto il dire che la ipoteca vi si estenda. Tanto meno è esatto il dire, come fa il Pont (*op. cit.*, X, 407) che la regola dell' estensione dell'ipoteca si applica al vantaggio derivante dalla estinzione degli oneri gravanti l'immobile ipotecato, per esempio delle servitù. L'estinzione porta un aumento di valore e per conseguenza un vantaggio al creditore ipotecario; ma non può dirsi che la ipoteca si estende.

(2) Cass. Roma, 1 aprile 1892, *Corte suprema*, 1892, II, 87. Fu fatta applicazione del principio ai macchinari immobilizzati nell' edifizio ipotecato, da una sentenza della Corte d'appello di Palermo 11 settembre 1893, *Circ. giur.*, 1893, 335. L'applicazione è in sè esatta, ma non è da approvarne la sua esten-

317. Il principio si applica alle costruzioni; tanto se consistenti in semplici superedificazioni, quanto se elevate di pianta sul terreno colpito dall'ipoteca; la giurisprudenza ha avuto frequente occasione di applicare in questa parte il principio stesso, essendo frequente il caso che, ipotecata l'area, vi venga eretto un edifizio, o ipotecata una casa di uno o più piani, vengano eretti dei piani superiori (1).

È questa una conseguenza del principio romano « *omne quod solo inaedificatur, solo cedit* ». Anco in Francia, ove la legge parla soltanto di miglioramenti, la estensione dell'ipoteca alle nuove costruzioni, per quanto importanti, dell'immobile ipotecato, è, si può dire, universalmente ammessa (2).

Il grande valore che una costruzione può assumere, il costituire essa qualche cosa di separato e di distinto dalla porzione residua del fondo nel quale è edificata, non sono di ostacolo all'accoglienza di questa soluzione; la costruzione è sempre considerata come un accessorio del suolo in virtù del quale acquista il carattere d'immobile per natura; è per ciò necessario che ne segua la

---

sione al caso in cui il macchinario non appartiene al proprietario dell'edifizio.

(1) La Corte d'appello di Firenze decise in questo senso che la ipoteca legale del venditore di un'area, si estende all'edifizio successivamente costruito sull'area stessa (26 giugno 1873, *Annali di giurispr. it.*, VII, II, 353). V. ancora: Casale, 20 novembre 1868, *Giurispr. it.*, XX, II, 863. Per ciò che riguarda un nuovo piano aggiunto ad una casa: Cass. Napoli, 30 maggio 1892, *Foro it.*, 1892, I, 1008; quanto alle nuove costruzioni in genere: Torino, 8 maggio 1871, *Giurispr. tor.*, VIII, 490; Cass. Napoli, 29 aprile 1878, *Gazz. proc.*, XIII, 257; Cass. Torino, 4 giugno 1873, *Legge*, XIII, 1, 849. La Cass. di Torino lo aveva del reste deciso anco in ordine al Codice albertino, sebbene il medesimo adoperasse soltanto la parola « miglioramenti » (8 maggio 1871, *Giurispr. tor.*, VIII, 490). Cons. su ciò Pochintesta, *op. cit.*, I, 117.

(2) Pont, *op. cit.*, X, 410; Grenier, *op. cit.*, 1, 147; Duranton, *op. cit.*, XIX, 258; Mourlon, *Rép. écr.*, III, p. 477; Troplong, *op. cit.*, 551; Martou, *op. cit.*, 752; Aubry et Rau, *op. cit.*, III, § 284, nonchè le sentenze citate da questi ultimi.

condizione giuridica e sia colpita dalla ipoteca che colpisce il terreno al quale è stabilmente incorporata.

È del pari indifferente il modo nel quale la incorporazione è avvenuta, purchè sia tale da rendere la costruzione immobile per natura. Così per esempio se Tizio possedesse un fondo lungo la riva di un fiume, e vi costruisse una fabbrica destinata al servizio di un edifizio galleggiante che collocasse nel fiume, e che fosse saldamente attaccato alla riva con corde o catene, l'ipoteca precedentemente costituita sul fondo si estenderebbe, *ope legis*, alla fabbrica e al galleggiante, che dovrebbero considerarsi come costruzioni dell'immobile ipotecato secondo il concetto espresso dal legislatore nell'art. 1966 Cod. civ.

318. La disposizione parla in terzo luogo delle « *altre accessioni* » ; e poichè le piantagioni, le costruzioni e le altre aggiunzioni dovute alla mano dell'uomo rientrano nelle due espressioni precedenti, le parole « *altre accessioni* » sono da riferire unicamente a quelli accrescimenti dell'immobile ipotecato che sono dovuti all'opera della natura.

Da questo punto di vista è da ammettere senza contrasto che la ipoteca si estenda:

a) al terreno alluvionale, che forma incremento della proprietà laterale ai fiumi nelle due distinte ipotesi contemplate negli art. 453, 454 Cod. civ.;

b) al terreno avulso, che si acquista dal proprietario del fondo a cui si unisce, ove non ne sia reclamata la proprietà nel termine previsto dall'art. 456 Cod. civ.;

c) alle isole, isolette ed unioni di terra che si formano nell'alveo dei fiumi e torrenti non navigabili nè atti al trasporto, che appartengono ai proprietari che fronteggiano quel lato della linea mediana del fiume o torrente dal quale si trovano, e ai proprietari delle due sponde, per tutta la fronte dei loro fondi, se sono tagliate da quella linea secondo dispone l'art. 458 Cod. civ.;

d) all'alveo abbandonato dal fiume o torrente che si forma

un nuovo letto, quale alveo appartiene ai proprietarii confinanti alle due rive che se lo dividono sino al mezzo, secondo la estensione della fronte del fondo di ciascuno in conformità dell'art. 461 Cod. civ.

Dal punto di vista dei principii sembra vi sia una ragione di dubitare di questa soluzione quando l'accrescimento dell'immobile ipotecato non avviene impercettibilmente ed insensibilmente, come nel caso dell'alluvione, ma avviene invece per istantanea forza dell'acqua corrente, come nel caso dell'avulsione; e che siavi pure una ragione di dubitare, quando l'accrescimento è di tanta importanza da costituire un fondo nuovo, separato e distinto dall'antico a cui si aggiunge. Vedremo in fatti che la ipoteca non si estende ai nuovi acquisti fatti dal proprietario dell' immobile ipotecato neppure se prendano la forma di ampliazioni al circuito di un recinto; ciò posto, quelle porzioni considerevoli e riconoscibili che si acquistano per avulsione, quelle isole che si formano nell'alveo del fiume, quelle porzioni di alveo abbandonato, che conservano una individualità propria, separata e distinta da quella del fondo cui accedono, non sembrerebbe dovessero essere investite dalla ipoteca costituita sopra di questo. Così, per dare un esempio tratto dal diritto romano, l' usufrutto di un fondo non si estendeva all'isola formatasi nel fiume lungo la fronte del fondo stesso (1); e da ciò il Chiesi argomentava con il Persil che all' isola non si estendesse l'ipoteca (2); così pure, quando il progetto del Codice

---

(1) L. 9 § 4 D. *De usuf. et quem.*: « Sed si insula juxta fundum in flumine nata sit, ejus usumfructum ad fructuarium non pertinere, Pegasus scribit: licet proprietati accedat: esse enim veluti proprium fundum, cujus ususfructus ad te non pertineat. Quae sententia non est sine ratione. Nam, ubi latitat incrementum, et ususfructus augetur: ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit ».

(2) *Op. cit.*, III, 782: « A me pare che per questa stessa ragione il creditore che ha ipoteca su di un fondo non possa estenderla all' isola che per diritto di accessione si acquista dal proprietario del fondo ipotecato. Ceda pur l'isola per diritto di accessione al proprietario del fondo ipotecato; ma è sem-

francese fu discusso al consiglio di Stato, il Treilhard espresse la opinione che la ipoteca non si estendesse a quelli incrementi che possono considerarsi come fondi separati e distinti da quello ipotecato in precedenza (1).

Ma il dubbio non ha ragione di sussistere; tutti i casi suenunciati sono casi di acquisto della proprietà per diritto di accessione, e perciò sono tutti compresi nella locuzione generica dell'art. 1966 Cod. civ. Il legislatore non ha guardato nè poteva guardare all'entità dell'acquisto, nè alla sua configurazione esterna; ha avuto riguardo unicamente al modo in cui l'acquisto avviene: quando questo modo è l'accessione, la estensione dell'ipoteca non può incontrare difficoltà.

319. Abbiamo accennato che la regola non si applica agli acquisti convenzionali, per quanto il terreno acquistato venga a formare un solo tutto con quello ipotecato in precedenza. Qui non può più parlarsi di accessione; qui veramente il nuovo fondo, per quanto incorporato nell'antico, costituisce una proprietà nuova, separata e distinta, rappresentata da un proprio numero di mappa, identificabile in ogni caso di dubbio o di conflitto. Alla estensione della ipoteca al nuovo acquisto, è di ostacolo il principio della specialità; occorrerebbe una nuova convenzione per ipotecarlo e una nuova iscrizione perchè la ipoteca spiegasse sopra di esso il suo effetto utile (2). Il Pont configura il caso dell'ampliamento al circuito di un recinto, del quale abbiamo fatto cenno più sopra, e lo risolve nel senso che la ipoteca non si estenda al medesimo (3);

---

pre vero che è un corpo separato e distinto dal fondo, e questa separazione dell'isola dal fondo pare a me una ragione giustissima per negare al creditore, a cui fu dato in ipoteca il fondo, il diritto di estenderla nell'isola ».

(1) LOCRÉ, *Legisl. civ.*, XVI, p. 255; PONT, *op. cit.*, X, 406 confuta questa opinione. V. ancora LAURENT, *op. cit*, XXX, 203.

(2) LAURENT, *op. cit.*, XXX, 207.

(3) PONT, *op. cit.*, X, 411: « Par exemple, encore, j'avais conferé hypothèque sur un terrain enclos d'une contenance d'un hectare; plus tard, j'achète

il contrario non potrebbe argomentarsi dal principio sancito in materia di legati (art. 847 Cod. civ.): ampliando il recinto che prima è stato oggetto di una disposizione testamentaria a titolo particolare, il testatore manifesta l' intenzione di dare alla disposizione stessa un maggiore effetto; ma lo stesso non avviene di fronte alla ipoteca, la quale è governatà dal principio della specialità.

La giurisprudenza si è più volte pronunziata in questo senso (1), eccettuando soltanto il caso in cui, aggiungendosi area ad area e fabbricato o fabbricato, il nuovo formi col vecchio un tutto inseparabile che non possa considerarsi isolatamente (2).

Non siamo propensi ad ammettere questa eccezione, perchè contraria ai principii; è sempre dato distinguere, riportandosi allo stato antico, l'area ipotecata da quello che non lo è; l'unico fabbricato che sia costruito sulle due aree unite insieme, è ipotecato in proporzione della superficie dell'area primitiva; la parte che sta sull' area nuovamente acquistata, non può considerarsi come gravata dalla ipoteca, dal momento che questa, per comune opinione, non si estende ai nuovi acquisti (3).

---

un hectare encore, que je réunis au premier, dont j'étends l'enceinte. L'hypothèque n'en restera pas moins concentrée sur l'hectare que j' ai hypothéqué. La consistance de mon terrain enclos est changée, elle s'est augmentée; néanmoins les deux portions dont il se compose maintenant sont parfaitement distinctes, et de l'une à l'autre, dans le sens territorial et hypothècaire, il n'y a ni principal ni accessoire ». Nello stesso senso POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 119; PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 107; MELUCCI, *op. cit.*, lez II, n. 6.

(1) Cass. Torino, 3 ottobre 1888, *Annali di giur. it.*, XXII, I, 1, 490; Trib. Bologna, 26 gennaio 1885.

(2) Roma, 29 marzo 1890, *Temi rom.*, 1890, 42.

(3) Possono darsi nella pratica dei casi non scevri di difficoltà; Tizio, per esempio, dopo avere ipotecato una casa, la demolisce, e sull' area di questa, congiunta ad altra contigua acquistata posteriormente, costruisce una casa nuova: è facile distinguere la porzione della casa colpita dalla ipoteca da quella che non lo è; ma come può esercitarsi l'azione ipotecaria? La vendita della casa intera e la collocazione del creditore iscritto sopra una parte sul prezzo di questa parte, determinato mediante perizia in proporzione al prezzo intero, sem-

320. Agli speciali effetti dell'art. 1966 Cod. civ. è poi indifferente che quelli accrescimenti dell'immobile ipotecato i quali sono dovuti all' opera dell' uomo, siano opera dello stesso proprietario o di un terzo.

Prescindendo dal caso speciale del terzo possessore, il quale ha diritto di far separare dal prezzo dell'immobile ipotecato la parte corrispondente ai miglioramenti da esso fatti dopo la trascrizione del suo titolo, sino a concorrenza della minor somma che resulta tra lo speso e il migliorato al tempo del rilascio o della vendita all' incanto (art. 2020 Cod. civ.), caso del quale sarà tenuto parola nella parte di questo trattato destinata agli effetti della ipoteca rispetto al terzo possessore, il principio da noi enunciato non subisce eccezione alcuna.

Il creditore avente ipoteca sopra un immobile ha prelazione sul prezzo dei miglioramenti e delle nuove costruzioni che vengono ad aumentare il valore dell' immobile ipotecato, quantunque siano opera di un terzo.

Il compenso dovuto al terzo in ordine all' art. 450 Cod. civ. non è di ostacolo a questa soluzione, perchè lo stesso articolo ha effetto nei rapporti fra il proprietario ed il terzo che ha costruito, piantato o altrimenti lavorato nel suo fondo, ma non può pregiudicare ai diritti spettanti al creditore ipotecario (1). Il diritto spettante al terzo è un diritto di credito, esperibile contro il proprietario, non un diritto reale efficace contro chicchessia (2). Ciò si argomenta dall' art. 448 Cod. civ. il quale, ammettendo la prova contraria contro la presunzione ivi stabilita: « Qualsiasi costru-

---

bra a noi la sola che risponda alle particolari esigenze del caso; la estinzione dell'ipoteca alla porzione non ipotecata, non è, a senso nostro da ammettere. Come potrebbe infatti ammettersi, dato che l'area di questa porzione fosse alla sua volta gravata d'ipoteche? Tanto meno è da ammettersi la subastazione della porzione ipotecata separatamente dal resto con cui forma un solo tutto.

(1) Cass. Torino, 14 settembre 1876, *Annali di giur. it.*, XI, I, 1, 213.

(2) Napoli, 18 giugno 1872, *Gazz. proc.*, VII, 369.

zione, piantagione od opera sopra o di sotto il suolo si presume fatta dal proprietario del suolo ed appartenergli », aggiunge che questa prova non pregiudica ai diritti legittimamente acquistati dai terzi; fra i diritti che la prova contraria non può infirmare, primeggia indubbiamente il diritto d'ipoteca, stante i suoi caratteri di realità e d'indivisibilità. Il creditore ipotecario ha diritto ai miglioramenti che si fanno nel fondo ipotecato, quantunque siano fatti a cura e spese di un terzo. La eccezione dell'art. 2020, giustificata dalla trascrizione del suo titolo operata dal terzo possessore, conferma in tutti gli altri casi la regola da noi enunciata (1).

321. Quando le costruzioni, piantagioni od opere sono state fatte da un terzo che non vada esente dalla restituzione dei frutti in ragione della sua buona fede, il proprietario ha diritto di ritenerle o di obbligare colui che le ha fatte a levarle; il diritto al conseguimento della somma minore tra lo speso e il migliorato nasce soltanto nel caso in cui il proprietario preferisce ritenere le fatte addizioni; ove preferisca che siano tolte, il terzo non ha diritto alcuno, ed è anzi tenuto a toglierle a sue spese ed a prestare il risarcimento dei danni (art. 450 Cod. civ.). Il proprietario del fondo può obbligare il terzo a togliere le costruzioni, piantagioni

(1) La questione, se pure tale può dirsi, è concordemente risoluta in questo senso dagli scrittori: Pochintesta, *op. cit.*, I, 116; Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, I, 107; Mirabelli, *op. cit.*, p. 19 e seg.. Soltanto il Melucci (*op. cit.*, lez. II, n. 6) sembra generalizzare il principio dell'art. 2020 Cod. civ., che è, come si è detto, una eccezione basata sulla trascrizione del titolo d'acquisto. È poi assolutamente errato il principio ritenuto dalla cassazione di Firenze in una sentenza del 27 marzo 1884 (*Foro it.*, *Rep.* 1884, voce *Ipoteca*, 15-19) secondo il quale il terzo avrebbe sempre diritto di ripetere la minor somma tra lo speso e il migliorato, per le costruzioni da lui fatte, quand'anche possegga lo stabile a titolo di locazione. L'erroneità di questa decisione citata da Cannada-Bartoli, *op. cit.*, II, 90, è stata prima d'ora rilevata da Mirabelli, *op. cit.*, p. 23. V. ancora Pont, *op. cit.*, X, 409.—Sul diverso contenuto dell'articolo 2175 Cod. franc., di fronte al nostro art. 2020, confronta Laurent, *op. cit.*, XXX, 207.

od opere, in pregiudizio del creditore la cui ipoteca si è estesa a queste addizioni in forza dell' art. 1966 Cod. civ.? A noi sembra evidente che non lo possa. Dal momento che l'ipoteca le colpisce, il creditore ipotecario ha diritto all'aumento di valore per esse arrecato al fondo che costituisce la sua speciale garanzia.

Nascendo un conflitto fra il proprietario, che per non pagare il compenso dovuto volesse far togliere le fatte addizioni, e il creditore ipotecario, che volesse conservarle per profittare dell'aumento di valore arrecato al fondo, sarebbe data alla volontà di quest'ultimo una efficacia preponderante; egli avrebbe un diritto proprio da far valere, fondata sulla estensione della sua ipoteca e non avrebbe per conseguenza bisogno di valersi dell' azione surrogatoria accordata al creditore, pel conseguimento di quanto gli è dovuto, dall' art. 1234 Cod. civ.

Ma se il creditore si opponesse alla remozione delle addizioni e rendesse efficace la sua opposizione colla trascrizione del precetto immobiliare che produce il sequestro dell' immobile ipotecato, da chi sarebbe dovuto il compenso? Dal creditore o dal proprietario del fondo? In altri termini, il terzo che non può riprendere le fatte addizioni perchè il creditore ipotecario vi si oppone, avrebbe diritto di prelevare dal prezzo del fondo il compenso dovutogli? Noi nol crediamo. Il terzo non ha che un'azione personale verso il proprietario del fondo: sul prezzo del fondo non spetta al terzo uno speciale privilegio, salvo il caso dell' art. 2020 Cod. civ.; questo articolo dichiara che il terzo ha diritto di separare il valore dei miglioramenti da lui eseguiti dopo la trascrizione del suo titolo; quando possiede senza titolo, o in virtù di un titolo che non è stato reso pubblico mediante la trascrizione, il diritto alla separazione non è da ammettersi in suo favore; egli ha un semplice diritto di credito verso il proprietario; non gli spetta un diritto reale sul fondo, non gli spetta neppure un'azione personale verso il creditore ipotecario, il quale ha esercitato un diritto proprio,

stante la estensione della sua ipoteca alle addizioni fatte dal terzo, non il diritto del suo debitore.

322. La estensione dell' ipoteca ai miglioramenti è un diritto concesso dalla legge al creditore, il quale può rinunziarvi, limitando l'azione ipotecaria a ciò che formò oggetto fino da principio della sua garanzia. La giurisprudenza lo ha ripetutamente deciso prendendo a guida la descrizione dell' immobile da subastarsi, contenuta nel bando di vendita, e la valutazione che dell' immobile stesso è stata fatta: se da questi documenti resulta che il creditore istante non ha inteso di estendere l'azione che gli compete alle fatte addizioni, e queste hanno d'altronde una esistenza separata ed un separato valore, è manifesto che non sono comprese nella espropriazione e che l'aggiudicatario non ha diritto di appropriarsele (1).

Il creditore istante, che, essendo primo iscritto, è sicuro di ottenere integrale pagamento del suo credito, potrebbe danneggiare i creditori ipotecari posteriori escludendo dalla espropriazione quelle addizioni alle quali si è estesa la loro ipoteca; ma la legge ac-

---

(1) La Cass. di Torino decise in questo senso che quantunque l' ipoteca colpisca le fabbriche erette successivamente sul fondo ipotecato, si può espropriare il fondo indipendentemente dalle fabbriche; e quindi il deliberatario non ha diritto di fare sue le fabbriche se il bando le esclude (sentenza 11 decembre 1886, *Giur. tor.*, XXIV, 42). Un caso speciale di una certa importanza è quello deciso dalla Corte d'appello di Venezia con sentenza del 27 luglio 1877 (*Giur. it.*, XXIX, 1, II, 596) di cui diamo la massima: « Le costruzioni fatte nel fondo ipotecato, sia prima, sia dopo la costituzione dell' ipoteca, sono accessioni del fondo e però oggetto del diritto ipotecario. Ma se di tali costruzioni non è stata fatta menzione nel procedimento esecutivo, vuolsi ritenere che la espropriazione fosse diretta dalle parti interessate sul fondo separatamente dalle costruzioni, anzichè sulle une e sull' altro. Ciò vuolsi tanto più ritenere se la proporzione in cui si trova il valore dell'edifizio con quello del fondo, e col prezzo di delibera, oltrepasserebbe gli estremi della lesione enorme della vendita ordinaria ».

corda loro un efficace rimedio, ammettendo il loro intervento nel giudizio esecutivo, quindici giorni prima dell'udienza stabilita per l'incanto, per chiedere ed ottenere le modificazioni o aggiunte che possono occorrere alle condizioni della vendita (art. 698 Cod. proc. civ.). L'obbligo imposto al creditore istante di far notificare il bando ai creditori iscritti, trenta giorni prima di quello fissato per l'incanto (art. 661 Cod. proc. civ.), rende possibile ai creditori interessati l'esercizio tempestivo del diritto di opposizione (1).

323. Fra i casi di estensione della ipoteca dal principale all'accessorio gli scrittori comprendono generalmente quello, già ricordato incidentalmente, della riunione dell'usufrutto alla nuda proprietà. *Si nuda proprietas pignori data sit, ususfructus, qui postea adcreverit, pignori est* (2). « Chi ipoteca un fondo gravato di usufrutto a favore di un terzo, ipoteca realmente la intera proprietà del fondo, perchè l'usufrutto non è che una servitù personale costituita sulla cosa altrui; e quando il diritto dell'usufruttuario si estingue, il proprietario non fa un nuovo acquisto, ma la sua proprietà rimane liberata e purgata da un onere che la gravava (3) ».

Discorda da questo concetto, accolto dalla grande maggioranza degli scrittori francesi (4), il Laurent, il quale osserva che chi dà in ipoteca la nuda proprietà non vincola il godimento del fondo, che allora non gli apparteneva. Il valore di questo godimento, che

(1) Il creditore posteriore danneggiato dal fatto del creditore istante che non comprendesse nel giudizio esecutivo le addizioni dell'immobile ipotecato, potrebbe inoltre valersi dell'art. 661 Cod. proc. civ. il quale accorda al creditore il cui precetto si estende a « *maggiore quantità di beni* » di farli comprendere nella espropriazione. L'analogia è manifesta.

(2) L. 18, § 1 D. *De pignorat. act.*

(3) Chiesi, *op. cit.*, III, 780.

(4) Duranton, *op. cit.*, XIX, 265; Troplong, *op. cit.*, 551; Martou, *op. cit.*, 731; Delvincourt, *op. cit.*, III, p. 292, n. 4; Grenier, *op. cit.*, I, 144; Pont, *op. cit.*, X, 407.

entra di poi nel suo patrimonio, dovrebbe, secondo questo illustre scrittore, costituire la garantia comune di tutti i suoi creditori, dal momento che egli non ebbe occasione nè modo d' ipotecarlo; il creditore ipotecario non potrebbe esercitare sopra di esso un diritto di prelazione che non deriva dalla sua ipoteca limitata alla nuda proprietà (1).

Noi siamo di contrario avviso: la soluzione proposta presuppone che l' usufrutto possa continuare a sussistere, come diritto di per sè stante, quando è avvenuta la sua riunione alla proprietà, lo che non è, a parer nostro, da ammettere, perchè quella riunione opera l' estinzione dell' usufrutto medesimo. La osservazione che l'estinzione dell'usufrutto è una liberazione della proprietà da un onere che l' ha gravata per l' innanzi, è a senso nostro decisiva: il fondo ipotecato rimane lo stesso; nulla si aggiunge al medesimo; non è il caso di parlare di estensione della ipoteca per via di accessione, bensì di maggiore utilità dell'azione ipotecaria per la liberazione dell' immobile ipotecato da un onere temporaneo che ne diminuiva grandemente il valore.

§ 2.

La eccezione.

SOMMARIO

324. Privilegio agrario immobiliare. In qual senso è di ostacolo alla estensione della ipoteca. Rinvio.

324. La regola dell' art. 1966 Cod. civ. in virtù della quale l' ipoteca si estende a tutti i miglioramenti, alle costruzioni ed altre accessioni dell' immobile ipotecato, trova nella pratica sua applicazione un ostacolo d' indole giuridica nel privilegio immobiliare concesso agl' istituti che esercitano il credito agrario in ordine alla

(1) LAURENT, *op. cit.*, XXX, 208.

legge 23 gennaio 1887. Quando all'immobile anteriormente sottoposto ad ipoteca sono arrecati miglioramenti col danaro mutuato a questo preciso scopo da uno di quelli istituti, la ipoteca non si estende al maggior valore dei miglioramenti stessi; questo maggior valore, calcolato nella somma minore fra lo speso e il migliorato, è devoluto all'istituto che ha concesso il mutuo, in virtù di un privilegio speciale che prevale anco sulle ipoteche anteriormente iscritte, purchè siano esattamente osservate le formalità volute dalla legge. Come il terzo possessore che abbia trascritto il suo titolo di acquisto ha diritto di far separare dal prezzo la parte corrispondente ai miglioramenti da esso fatti dopo la trascrizione, sino a concorrenza della minor somma tra lo speso e il migliorato (art. 2020 Cod. civ.), così hanno diritto a questa separazione gli istituti di credito agrario, che hanno mutuato il capitale occorrente per uno degli scopi tassativamente enunciati nell'art. 18 della citata legge.

Nel nostro trattato dei privilegi esaminammo con la dovuta ampiezza le relative disposizioni e dimostrammo le ragioni per le quali queste sono destinate a rimanere lettera morta (1); qui non vogliamo ripetere cose già dette; ci limitiamo ad osservare che la legge sul credito agrario rappresenta in questa parte un infelice tentativo di ripristinare il privilegio accordato agli architetti e costruttori dal Codice francese e da vari dei Codici italiani anteriori al vigente (2); tentativo che non può produrre pratici effetti per le condizioni non prospere in cui versa la proprietà fon-

(1) Parte VII di questo *Diritto civile italiano*, n. 531 e seg. Legge 23 gennaio 1887 n. 4276 serie 3ª; Regolamento approvato con R. Decreto 8 gennaio 1888 per la esecuzione della legge 23 gennaio 1887 n. 4276 serie 3ª sul credito agrario.

(2) Le ragioni per le quali questo privilegio non fu conservato nel Codice civile italiano sono diffusamente esposte nel succitato trattato *Dei privilegi*, n. 400.

diaria (1). Se il fondo è libero da ipoteche anteriori, ciò che attribuisce agli istituti di credito agrario un reale diritto di prelazione, è la ipoteca iscritta in ordine agli art. 18 e 20 della legge; se il fondo è invece gravato di precedenti ipoteche, gl' istituti avrebbero nella stipulazione del privilegio speciale di cui all' art. 22 della legge stessa una fragile garanzia, perchè manca del tutto la certezza che, eseguiti i miglioramenti, il fondo trovi compratori per un prezzo corrispondente ad un tempo al valore primitivo e all'aumento di valore.

---

(1) Cons. su tutto ciò il pregevole libro dell'avv. EZIO MARTINI, *Del credito agrario e dei privilegi agrari* (Firenze, Niccolai, 1895).

INDICE

DEL VOLUME PRIMO

Delle Ipoteche

TITOLO I

GENERALITÀ

CAPO I

LA IPOTECA CONSIDERATA NEI SUOI CARATTERI.

SEZIONE I

CARATTERI GIURIDICI DELLA IPOTECA.

§ 1.

Premessa.

1. Richiamo delle disposizioni generali sulle cause di prelazione—2. Contenuto del presente titolo — 3. Definizione della ipoteca data dal Codice civile. Sua critica — 4. Avviamento allo studio dei caratteri giuridici della ipoteca . . . . pag. 1—7

§ 2.

L'ipoteca è diritto reale.

5. In qual senso l'ipoteca ha questo carattere — 6. Limite di efficacia della prelazione. Ipoteche e privilegi immobiliari — 7. Realità del diritto d'ipoteca — 8. L'ipoteca è diritto immobiliare — 9. Continuazione. pag. 7—21

§ 3.

L' ipoteca è un diritto accessorio.

10. Il diritto d'ipoteca avendo per oggetto l'assicurazione del credito è accessorio di questo e ne segue le vicende — 11. Conseguenze di questo principio quanto alla cessione del credito e al pagamento con surrogazione. Cessione della ipoteca, postergazione e permutazione del grado. Rinvio — 12. Cenno storico dei tentativi fatti per rendere l'ipoteca indipendente dal credito. La cedola ipotecaria della legge francese 9 messidoro anno III— 13. Osservazioni su questo ingegnoso trovato — 14. La *Grundschuld* delle legislazioni germaniche — 15. La ipoteca così trasformata tende egualmente all'assicurazione del credito — 16. Si può garantire con ipoteca efficace *ab initio* un credito futuro — 17. La estinzione della ipoteca non trae seco la estinzione del credito — 18. La ipoteca può garantire soltanto la obbligazione civile: non la così detta obbligazione naturale — 19. La obbligazione garantita può essere propria od altrui . . . pag. 21—40

§ 4.

L' ipoteca è indivisibile.

20. Ragione e fondamento di questo suo carattere — 21. Deroghe al principio della indivisibilità — 22. Effetto di questo principio in relazione ai beni ipotecati e in relazione al credito — 23. Non è ammessa per la ipoteca la estensione ammessa per il pegno dall'art. 1888 capov. Cod. civ. — 24. La indivisibilità della ipoteca non produce la indivisibilità nè la solidarietà dell'obbligazione garantita ipotecariamente — 25. Analisi del testo che dichiara la indivisibilità—26. Il principio della indivisibilità, essendo stabilito in vantaggio del creditore, non può essere invocato dal debitore in di lui pregiudizio. . . . . pag. 41—58

SEZIONE II

PUBBLICITÀ E SPECIALITÀ DELLA IPOTECA.

27. Cenni sulla pubblicità delle contrattazioni concernenti gl'immobili in generale — 28. Leggi ipotecarie francesi 9 messidoro anno III, 11 brumaio anno

VII — 29. Regime ipotecario del Codice civile francese. Suoi difetti — 30. Riforme ulteriori e recenti studi compiuti in Francia intorno al regime ipotecario — 31. La pubblicità e la specialità della ipoteca nel diritto civile italiano — 32. Osservazioni speciali sulla ipoteca dell'alienante — 33. Della pubblicità in particolare. Rinvio — 34. Della specialità in particolare. Rinvio — 35. La pubblicità e specialità della ipoteca sono stabilite nell'interesse dei terzi. Conseguenza di tale principio—36. Applicazioni. pag. 58—78

CAPO II

LA IPOTECA CONSIDERATA NELLE VARIE SUE SPECIE.

SEZIONE I

OSSERVAZIONI PRELIMINARI.

37. L'ipoteca è legale, giudiziale, convenzionale — 38. Il Codice civile italiano non ammette la ipoteca testamentaria — 39. Si dimostra che la ipoteca testamentaria non è da confondere con la convenzionale — 40. Si dimostra che di quella tiene luogo a sufficienza la separazione dei patrimoni — 41. La ipoteca convenzionale non è fatta segno a speciali censure — 42. Critica delle ipoteche legali; non è in gran parte applicabile a questo istituto dopo le riforme introdottevi dal legislatore italiano — 43. La ipoteca legale della moglie — 44. La ipoteca legale dei minori e interdetti— 45. La ipoteca legale dell' alienante e del condividente — 46. La ipoteca legale dello Stato per le spese di giustizia penale — 47. Ipoteca giudiziale. Sua origine. Difetti e inconvenienti di questo istituto — 48. Confutazione degli argomenti dei suoi fautori — 49. Proposte di riforma della legislazione francese in proposito — 50. Conclusioni nostre su questo argomento . . . . pag. 78—113

SEZIONE II

IPOTECHE LEGALI.

51. Divisione della materia. . . . . pag. 113

§ 1.

Ipoteca legale dell' alienante.

52. Disposizione della legge . . . . pag. 114—115

A

Quali alienazioni dànno luogo a questa ipoteca legale.

53. Spetta ad ogni alienante, anco a titolo gratuito — 54. Alienazioni a titolo oneroso — 55. *Datio in solutum* — 56. Vendita con patto di riscatto — 57. Costituzione di rendita — 58. Alienazione parziale — 59. La domanda di risoluzione esclude l'azione ipotecaria — 60. Diritti frazionari del dominio — 61. Comunione coattiva di muri divisori — 62. Rendita vitalizia assicurata al coniuge superstite — 63. Vendita all'incanto. Purgazione — 64. Espropriazione per utilità pubblica — 65. Rinuncia. . pag. 115—134

B

Su quali beni può essere iscritta.

66. L'ipoteca ha luogo sopra gl'immobili alienati — 67. Applicazioni —68. Miglioramenti — 69. Immobili per destinazione—70. Continuazione— 71. Specialità di questa ipoteca . . . . pag. 134—143

C

Per garanzia di quali obbligazioni.

72. Principio generale. Soddisfacimento degli obblighi — 73. Novazione soggettiva — 74. Interessi del prezzo di alienazione — 75. Altre obbligazioni dell' acquirente — 76. Donazioni con pesi — 77. Permuta. Rifacimenti. Evizione — 78. Risoluzione del contratto — 79. Stipulazione a favore del terzo — 80. Specialità della iscrizione . . . . pag. 143—153

D

Effetti speciali dell'art. 1942 cap. Cod. civ.

81. Eccezionale retroattività — 82. Suoi effetti — 83. Accessori del prezzo dovuto. . . . . pag. 153—158

§ 2.

Ipoteca legale del condividente.

84. Disposizione della legge. Osservazioni generali — 85. Divisione fatta dal padre — 86. Licitazioni — 87. Differenze fra questa ipoteca e quella dell'alienante. Obbligatorietà dell'iscrizione. Rinunzia espressa e tacita — 88. Difficoltà pratiche. Necessità di riforme — 89. Su quali beni ha luogo questa ipoteca—90. Per quali crediti—91. Crediti resultanti da rapporti anteriori o posteriori alla divisione—92. Estensione agl'interessi. pag. 158—172

§ 3.

Ipoteca legale dei minori e degl' interdetti.

93. In quali casi ha luogo questa ipoteca legale — 94. Tutela di fatto — 95. Carattere eventuale della ipoteca in esame — 96. Come si concilia questo carattere con la specialità quanto alla somma per la quale deve essere iscritta — 97. A favore di chi è concessa — 98. Non spetta al figlio naturale riconosciuto contro il genitore investito della tutela legale — 99. Caso della madre che passa a seconde nozze — 100. Beni da ipotecarsi — 101. Revocabilità delle disposizioni dettate dal consiglio di famiglia in questa materia — 102. Crediti garantiti con la ipoteca legale — 103. Interessi del residuo debito del tutore — 104. Debiti del tutore anteriori all'assunzione dell'ufficio tutelare — 105. Annullamento della nomina del tutore. Inefficacia della iscrizione. . . . . . pag. 172—189

§ 4.

Ipoteca legale della moglie.

106. Sua ragione di essere — 107. Suoi caratteri. Obbligo dell'iscrizione — 108. Divisione della materia . . . . pag. 189—193

A

A chi spetta.

109. Spetta alla moglie — 110. *Quid juris* se il matrimonio non è celebrato — 111. Matrimonio dichiarato nullo — 112. Rinunzia alla ipoteca legale — 113. Diversità fra il caso della rinunzia e quello in cui la dote è dichiarata alienabile nel contratto di matrimonio — 114. Cancellazione e postergazione della ipoteca legale — 115. Continuazione. . . . pag. 193—204

B

Su quali beni.

116. L'ipoteca ha luogo sui beni presenti del marito; significato della parola posseduti, adoperata dal legislatore — 117. Applicazioni del principio della specialità — 118. La ipoteca ha luogo sui beni del marito anco se la dote è pagata a persona diversa — 119. Ipoteche eccessive; riduzione; rinvio. . . . . pag. 204—211

C

Per quali crediti.

120. La ipoteca è data per la dote e pei lucri dotali; non per i crediti che possono spettare alla donna in caso di comunione, non per quelli derivanti da alienazione o da cattiva amministrazione dei beni parafernali — 121. Dote di specie e dote di quantità — 122. Casi nei quali la ipoteca è semplicemente eventuale — 123. Somme dotali provenienti da successione o donazione — 124. Interessi; enunciazione della misura — 125. Diritto della vedova all'abitazione e alle vesti da lutto — 126. Spillatico — 127. Ipoteche convenzionali iscritte contro il marito in virtù delle convenzioni matrimoniali—128. Lucri dotali—129. Contro-dote—130. Del tempo in cui la ipoteca spiega il suo effetto—131. Scioglimento del matrimonio. pag. 212—226

§ 5.

Ipoteca legale dello Stato.

132. Disposizione della legge. Suoi motivi — 133. Chi può richiedere la iscrizione — 134. Osservazioni sulle iscrizioni prese a nome dello Stato dalla parte civile e dalla difesa. Casi di concorso — 135. Stato e parte civile; contributo — 136. Iscrizione precedente alla condanna; mandato di cattura — 137. Flagranza di reato; convalidazione dell'arresto — 138. Crediti dello Stato. Specialità. Iscrizione d'ipoteche successive — 139. Come debba intendersi la regola che l'ipoteca giova alle parti civili — 140. Continuazione — 141. Crediti della parte civile — 142. Diritto prevalente della difesa. Onorari degli avvocati — 143. Iscrizioni speciali a tale oggetto — 144. Somme mutuate per provvedere alla difesa — 145. Estinzione dell'ipoteca. Assoluzione dell'imputato, annullamento della sentenza di condanna — 146. Caso speciale . . . . pag. 226—253

SEZIONE III

IPOTECA GIUDIZIALE.

147. Disposizione fondamentale della legge in proposito: limitazioni arrecate con essa all'istituto in esame — 148. Condizioni richieste perchè si faccia luogo alla ipoteca giudiziale: *a*) Che vi sia una sentenza; *b*) Che sia sentenza di condanna. . . . . pag. 253—256

§ 1.

Prima condizione.

149. Occorre una sentenza. L' ipoteca non può iscriversi in virtù di un' ordinanza per quanto esecutiva. Ordinanze presidenziali in materia di separazione tra i coniugi — 150. Sentenze che pronunziano sulle opposizioni — 151. Ordinanze per pagamento di onorari e spese di liti — 152. Ordinanze emesse in corso d'istruttoria in materia civile — 153. Verbali di conciliazione ed altri provvedimenti dei pretori—154. Ogni sentenza può produrre ipoteca. Generalità di siffatta espressione del legislatore — 155. Sentenze

interlocutorie e provvisionali —156. Sentenze contumaciali — 157. Sentenze di prima cognizione non passate in giudicato — 158. Sentenze nulle per incompetenza e per vizio di forma — 159. Sentenze dei consoli e dei tribunali consolari — 160. Sentenze dei tribunali amministrativi — 161. Sentenze dei collegi di probi-viri — 162. Sentenze arbitrali — 163. Sentenze delle autorità giudiziarie straniere — 164. Censura di due decisioni della Corte d'appello di Lucca su questa materia — 165. Sentenze proferite all'estero da arbitri stranieri. . . . . pag. 256—280

§ 2.

Seconda condizione.

166. La sentenza deve portare condanna. Differenza fra il Codice civile italiano e le legislazioni precedenti — 167. Estremi della condanna. Osservazioni generali in proposito — 168. Divisione della materia. pag. 281—287

A

Somme di danaro.

169. Applicazioni del principio posto dalla legge — 170. Attualità della condanna. Casi nei quali è richiesta — 171. Condanna eventuale. Prestazioni periodiche. Rate future—172. Condanna condizionale. . pag. 288—295

B

Altre obbligazioni.

173. Obbligazioni di dare e di fare. Osservazione speciale quanto alle obbligazioni consistenti nel non fare — 174. Obbligazioni di consegnare cose mobili o immobili — 175. Applicazioni —176. Le sentenze che condannano a render conto non producono ipoteca — 177. Ordinanze presidenziali in materia di rendimento dei conti . . . . pag. 295—303

§ 3.

Iscrizione della ipoteca giudiziale.

178. In qual senso la legge dispone che ogni sentenza di condanna produce ipoteca. Iscrizione — 179. A favore del creditore — 180. Contro il debitore — 181. Fideiussori e responsabili del fatto altrui . . pag. 304—308

§ 4.

Beni sui quali la ipoteca può essere iscritta.

182. Beni presenti e beni futuri — 183. Purchè proprii del condannato — 184. Non ancora alienati — 185. Suscettivi d'ipoteca — 186. *Quid juris* dei beni colpiti dalla trascrizione del precetto. Rinvio — 187. Beni dell' eredità giacente o accettata con benefizio d' inventario — 188. In quali casi non può essere iscritta sopra di questi la ipoteca giudiziale—189. Nullità derivante dal divieto — 190. Disposizioni del Codice di commercio riguardo ai beni del fallito . . . . pag. 309--321

§ 5.

Accessori del credito.

191. Interessi e spese. . . . . pag. 322

SEZIONE IV

IPOTECA CONVENZIONALE.

192. Definizione e divisione della materia. . . . . . pag. 322—323

§ 1.

Proprietà dell'immobile ipotecato.

193. Prima condizione per ipotecare un immobile è l'averne la proprietà. Nullità dell' ipoteca della cosa altrui — 194. La nullità è assoluta. Non è

convalidata neppure dall'acquisto posteriore della proprietà per parte del costituente — 195. Neppure se il proprietario dell'immobile ipotecato succedesse al costituente per diritto di eredità — 196. La nullità può essere dedotta da qualunque interessato — 197. Costituzione della ipoteca sulla cosa altrui con promessa di ratifica per parte del proprietario — 198. Ipoteca costituita dall' erede apparente — 199. Ipoteca consentita dall' alienante prima che sia trascritto il titolo dell'alienazione — 200. Ipoteca concessa da chi ha sull'immobile un diritto sospeso, risolvibile, od annullabile — 201. Applicazioni del principio che la ipoteca è in questi casi soggetta alle stesse eventualità alle quali è sottoposto il diritto del costituente — 202. Osservazioni speciali al caso della ipoteca costituita sul fondo legato sotto condizione sospensiva — 203. Diritti nascenti dal contratto di enfiteusi — 204. Diritti annullabili — 205. Casi nei quali la legge dispone che la risoluzione, la rescissione e l'annullamento non pregiudicano ai terzi — 206. Trascrizione delle domande di risoluzione, rescissione e annullamento — 207. Ipoteca consentita dal condomino — 208. Osservazione speciale alla società — 209. Ipoteca costituita sull' usufrutto; rinvio . . . . pag. 323—353

§ 2.

Capacità di alienare.

210. Seconda condizione per ipotecare un immobile è la capacità di alienarlo. Casi d'incapacità — 211. Eccezioni ammesse al Codice di commercio — 212. Ipoteca sui beni degl'incapaci. Forme abilitanti — 213. Nullità relativa derivante dalla loro inosservanza — 214. Conferma o ratifica. Sua efficacia retroattiva — 215. Incapacità del commerciante caduto in istato di fallimento — 216. Il debitore i cui beni sono colpiti dalla trascrizione del precetto immobiliare può ipotecare i beni stessi — 217. A più forte ragione possono essere iscritte dopo la trascrizione del precetto le ipoteche legali e giudiziali — 218. Eredità giacente o accettata con benefizio d'inventario— 219. Ipoteca consentita da un rappresentante. Rappresentanza legale e convenzionale — 220. Ratifica del rappresentato — 221. Ipoteca sopra beni donati o lasciati col divieto di ipotecarli. Sua validità. . pag. 353—381

§ 3.

Atto costitutivo dell' ipoteca.

A

Forma dell' atto.

222. È richiesta la scrittura a pena di nullità. Atto pubblico e scrittura privata — 223. Ulteriori forme richieste per la iscrizione dell' ipoteca costituita per privata scrittura — 224. Atto pubblico. L'ipoteca non può essere costituita nel testamento — 225. Atti ricevuti dai funzionari amministrativi — 226. L' atto pubblico nullo come tale può dar vita all' ipoteca, se vale come scrittura privata — 227. Scrittura privata — 228. La ipoteca può costituirsi mediante cambiale — 229. L' autenticazione e la recognizione giudiziale sono richieste non soltanto nell'interesse del debitore ma ancora nell'interesse dei terzi. Conseguenze di tale principio—230. Mandato a consentire la ipoteca—231. Promessa di costituire ipoteca. pag. 381—401

B

Contenuto dell' atto costitutivo.

232. La costituzione dell'ipoteca richiede il consenso del debitore e del creditore — 233. Il consenso del creditore può essere prestato posteriormente e argomentarsi implicitamente dalla sua accettazione — 234. Retroattività dell'accettazione posteriore del creditore — 235. Revoca del consenso del debitore. Ostacolo che incontra nella iscrizione eseguita — 236. L'atto costitutivo deve contenere la indicazione del debitore, o di colui che costituisce l' ipoteca in suo favore, e la indicazione del creditore. —237. Non è richiesta la determinazione della somma per la quale la ipoteca è costituita. — 238. Ma è necessaria la specifica designazione della obbligazione garantita. — 239. È richiesta poi la specifica designazione degli stabili ipotecati — 240. Applicazioni ed esempi — 241. Chi può proporre l' azione di nullità. . . . . pag. 402—427

§ 4.

Obbligazioni garantite.

242. Premessa — 243. Quali obbligazioni possono essere garantite ipotecariamente — 244. Carattere speciale delle ipoteche costituite per sicurezza di una obbligazione che può risolversi nel risarcimento dei danni — 245. Il principio della specialità dell'ipoteca quanto all'obbligazione garantita ipotecariamente — 246. Determinazione della somma — 247. Validità delle ipoteche costituite per garanzia di debiti futuri — 248. Esempi tratti dalla giurisprudenza — 249. Conclusione da adottarsi in proposito — 250. Sue pratiche conseguenze . . . . pag. 428—448

§ 5.

Beni che possono essere colpiti.

251. L'ipoteca convenzionale non può costituirsi sui beni futuri — 252. Promessa d'ipotecarli quando pervengano nel promittente — 253. Nullità dell'ipoteca costituita sui beni futuri . . . . . pag. 448—453

§ 6.

Sopravvenuta insufficienza della ipoteca convenzionale.

254. Diritti accordati dal Codice francese e dal Codice italiano in caso di perimento o deteriorazione dei beni ipotecati. Differenza fra i due Codici — 255. Fondamento razionale delle relative disposizioni — 256. Loro inapplicabilità alle ipoteche giudiziali — 257. Osservazioni intorno alle ipoteche legali — 258. Condizioni richieste per l'esercizio dell'azione di supplemento d'ipoteca. 1.ª *Condizione*. Occorre che il credito non sia scaduto—259. 2.ª *Condizione*. Occorre che la perdita e il deterioramento siano sopravvenuti — 260. 3.ª *Condizione*. Occorre che la perdita e il deterioramento si verifichino nella stessa sostanza dei beni ipotecati — 261. 4.ª *Condizione*. E siano di tale entità da rendere insufficiente la garanzia ipotecaria — 262. 5.ª *Condizione*. Occorre finalmente che dipendano da caso fortuito o da forza maggiore. Il fatto del debitore è regolato da norme diverse — 263. Esercizio

dell'azione di supplemento — 264. In che consista l'ipoteca supplementare. Sua estensione. — 265. Patti speciali in proposito . . pag. 453—474

CAPO III

LA IPOTECA CONSIDERATA NEL SUO OGGETTO.

266. Divisione della materia . . . . pag. 475

SEZIONE I

BENI SUSCETTIVI D'IPOTECA.

267. Enumerazione di questi beni contenuta nell' articolo 1967 Codice civile . . . . pag. 476—479

§ 1.

A. *Beni immobili che sono in commercio.*

268. La ipotecabilità è ammessa riguardo agl'immobili per natura — 269. Terreni. Estensione della ipoteca al sottosuolo quando non è oggetto di proprietà distinta da quella del suolo — 270. Edifizi — 271. Possono essere ipotecati soltanto da chi ha la proprietà del suolo — 272. Edifizi eretti sul terreno demaniale concesso temporaneamente — 273. Costruzioni fatte dal conduttore nel fondo locato — 274. Modo di essere dell'edifizio che dà luogo alla ipotecabilità. Aderenza al suolo — 275. Non ipotecabilità di una parte dell' edifizio separatamente dal tutto — 276. Osservazione sul caso speciale del palco di un teatro — 277. Sorgenti, serbatoi, corsi di acqua — 278. Applicazione fatta dalla giurisprudenza francese — 279. Ferrovie. Ipotecabilità delle ferrovie private — 280. Ferrovie pubbliche concesse alla industria privata—281. Ferrovie pubbliche dello Stato—282. Per essere capaci d'ipoteca i beni immobili devono essere in commercio. Beni demaniali — 283. Beni addetti al servizio del culto. Edifizi. Sepolcri — 284. Beni privati non suscettivi d'ipoteca per ragioni desunte dalla incapacità del proprietario. Non possono dirsi fuori del commercio. pag. 479—516

B. *Accessori dei beni immobili.*

285. Principii stabiliti in proposito dalla legge — 286. Modificazioni che può arrecarvi la volontà delle parti — 287. Frutti della terra e degli alberi— 288. Immobili per destinazione — 289. Osservazione speciale riguardante la estensione della ipoteca alle macchine immobilizzate — 290. Diritti del creditore ipotecario in caso di sottrazione degl' immobili per destinazione colpiti dalla sua ipoteca—291. Valutazione degl' immobili per destinazione— 292. Conflitti fra creditori. Pignoramento e trascrizione—293. Ipoteca sugli opifici industriali. Sua estensione all'avviamento—294. Macchine poste nel fondo dal conduttore—295. Materiali ed altri oggetti che fanno parte dell' immobile ipotecato — 296. Taglio di boschi d'alto fusto. Diritti del creditore ipotecario — 297. Applicazioni pratiche . . . pag. 516—543

§ 2.

Usufrutto dei beni immobili.

298. Ipotecabilità dell'usufrutto. Sua ragione di essere. Suoi effetti—299. L'ipoteca investe l'esercizio del diritto, non il diritto in sè—300. L'usufrutto legale dell'ascendente non è ipotecabile — 301. Non lo è neppure il diritto di godimento spettante al marito sugl' immobili dotali — 302. Nè il godimento che appartiene a coloro che sono immessi nel possesso temporaneo dei beni di un assente — 303. Il così detto usufrutto causale, non è suscettivo di essere ipotecato separatamente — 304. Alla ipotecabilità dell'usufrutto non sono di ostacolo il suo modo di origine, nè la incertezza della sua durata—305. Estensione agli accessori—306. L'estinzione dell'usufrutto produce necessariamente la estinzione della ipoteca costituita sul medesimo— 307. Osservazioni speciali riguardanti il caso in cui l'usufrutto dovrebbe estinguersi per abuso commesso dall'usufruttuario nell'esercizio del suo diritto— 308. Consolidazione per fatto volontario. Confutazione della teoria che vorrebbe conservata in tale caso speciale la efficacia della ipoteca. pag. 543—563

§ 3.

Diritti del concedente e dell'enfiteuta.

309. Ipotecabilità di questi diritti — 310. Pratica esplicazione del principio — 311. Risoluzione della ipoteca costituita su questi diritti in caso di devo-

luzione e di affrancazione—312. Maggiore stabilità della garanzia derivante dalla ipoteca sul diritto del concedente — 313. Estensione della ipoteca alla intera proprietà. Casi nei quali avviene . . . . pag. 564—573

§ 4.

Rendite sopra lo Stato.

314. Richiamo delle leggi speciali su questa materia. . . pag. 574—575

SEZIONE II

ESTENSIONE DELLA IPOTECA ALLE ACCESSIONI DELL'IMMOBILE IPOTECATO.

§ 1.

La regola.

315. Disposizione della legge. Suo fondamento razionale — 316. Estensione dell'ipoteca ai miglioramenti — 317. Alle costruzioni — 318. Alle accessioni dell'immobile ipotecato — 319. Non però ai nuovi acquisti del debitore — 320. L'estensione dell'ipoteca ha luogo quantunque i miglioramenti e le costruzioni siano opera di un terzo — 321. Da chi è dovuto il compenso nei casi previsti dall'art. 450 Cod. civ.—322. Limitazione dell'azione ipotecaria al fondo originario. Intervento e opposizione dei creditori interessati nel giudizio esecutivo—323. Estensione all'usufrutto della ipoteca costituita sulla nuda proprietà . . . . pag. 576—590

§ 2.

La eccezione.

324. Privilegio agrario immobiliare. In qual senso è di ostacolo alla estensione della ipoteca. Rinvio . . . . pag. 590—592

FINE DEL VOLUME PRIMO.